Austritt und Ausschluß des Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft und die sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen nach deutschem und schweizerischem Recht

INAUGURAL-DISSERTATION

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

FRITZ KAHN

Referendar am Amtsgericht München

aus München

Approbiert am 5. Januar 1929

Gedruckt bei B. Heller, München, Plinganserstraße 64

29:204

Referent: Geheimer Justizrat Universitätsprofessor Dr. Kübler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern in Dankbarkeit gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533901_0072

INHALTSÜBERSICHT

§ 1. Vorbemerkung. 7
§ 2. Der rechtliche Begriff der offenen Handelsgesellschaft. . . 7
§ 3. Entwicklungsgang des deutschen und schweizerischen Handelsrechts. 9
§ 4. Der rechtliche Begriff der schweizerischen Kollektivgesellschaft. 10
§ 5. Unterschiede der rechtlichen Struktur der schweizerischen Kollektivgesellschaft von der deutschen O.H.G. . . 11
§ 6. Die einzelnen Fälle des Austrittes und Ausschlusses nach deutschem Recht. 14
§ 7. Ausscheiden infolge von Kündigung, Tod oder Konkurs. 17
§ 8. Die Fälle des Ausscheidens infolge von Ausschluß durch die übrigen Gesellschafter. 18
§ 9. Gesetzliche Sonderfälle des Ausscheidens und der Ausschließung. 20
§ 10. Die Fälle des § 141 H.G.B. 21
§ 11. Der Fall des § 142. 22
§ 12. Ist noch im Liquidationszustande die Ausschließungsklage möglich? 26
§ 13. Allgemeine Betrachtungen über die Folgen des Ausscheidens. 28
§ 14. Festsetzung des Zeitpunktes des Ausscheidens als Bestimmung des für die Auseinandersetzung maßgebenden Zeitpunktes. 30
§ 15. Sind die Vorschriften über die Auseinandersetzung ius cogens? 31

§ 16. Welche Parteien sind bei der Auseinandersetzung beteiligt. 32
§ 17. Zuwachsen des Anteils am Gesellschaftsvermögen. . . . 32
§ 18. Woraus setzt sich der „Anteil" am Gesellschaftsvermögen zusammen? 37
§ 19. Kann der ausgeschiedene Gesellschafter seinen aktiven Anteil am Gesellschaftsvermögen zur Berechnungszeit herausfordern? 41
§ 20. Das Recht des Ausgeschiedenen auf Zurückgabe der der O.H.G. zur Benutzung überlassenen Gegenstände. . . . 43
§ 21. Das Recht des Ausgeschiedenen auf Befreiung von den gemeinschaftlichen Schulden. 46
§ 22. Das Recht des Ausgeschiedenen auf Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens. 53
§ 23. Die Rechte des Ausscheidenden in bezug auf schwebende Geschäfte. 59
§ 24. Die Verpflichtung des ausscheidenden Gesellschafters zum Ersatze eines Fehlbetrages. 61
§ 25. Formell rechtliche Folgen des Ausscheidens, Einfluß der positiven, resp. negativen Publizität des H.R. auf die Haftung des Ausscheidenden. 63
§ 26. Sonderheiten der schweizerischen Kollektivgesellschaft im Hinblick auf das deutsche Recht. 71
§ 27. Die Auflösung der Kollektivgesellschaft und der Austritt einzelner Gesellschafter nach schweizerischem Recht mit Rücksicht auf das deutsche Recht. 75
§ 28. Der Fall des Artikel 575 verglichen mit § 138 H.G.B., sowie die Regelung der Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter nach schweizerischem Recht. 83
§ 29. Ausschließung aus der Gesellschaft nach Schweizer Recht, Artikel 576, 577, 578 O.R. 89
§ 30. Formellrechtliche Folgen des Ausscheidens nach Schweizer Recht. 92
§ 31. § 137 und 139 H.G.B. und das Schweizer Recht. 94
§ 32. Verjährung der Klage gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter, Art. 585, 586, 588, 589 O.R. im Vergleich mit § 159 und 160 H.G.B. 96
§ 33. Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters nach schweizerischem Recht. 100
Literatur und Abkürzungen. 103

§ 1. Vorbemerkung.

Bevor wir die rechtlichen Konsequenzen des Austrittes oder Ausschlusses des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft betrachten, müssen wir zunächst eine Begriffsbestimmung der offenen Handelsgesellschaft geben. Ihr folgt eine nähere Betrachtung der schweizerischen Kollektivgesellschaft, die die parallele Gesellschaftserscheinung des schweizerischen Rechtes bildet, da es auch Aufgabe dieser Arbeit ist, einen Vergleich zum schweizerischen Recht anzustellen.

§ 2. Der rechtliche Begriff der offenen Handelsgesellschaft.

Das deutsche H.G.B. vom 10. Mai 1897 definiert im § 105 Abs. 1 die offene Handelsgesellschaft folgendermaßen: „Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist."

§ 105 Abs. 2 ordnet an, daß ergänzend die Bestimmungen des B. G.B. über die bürgerliche Gesellschaft Anwendung finden.

Deutlich ist zunächst zum Ausdruck gebracht, daß zum Vorhandensein der O.H.G. eine Gesellschaft gehört. Hierdurch ist die insbesondere von Laband (in Z.H.R. Bd. 30, 509 ff. Denkschrift S. 86), vertretene Ansicht, daß die O.H.G. lediglich ein Verhältnis ist, durch das ohne Rücksicht auf die zugrunde liegenden inneren Beziehungen der Beteiligten lediglich die Haftung für die Schulden eines unter gemeinschaftlicher Firma betriebenen Handelsgewerbes geregelt wird, widerlegt. Ist eine Gesellschaft vorhanden, wenn einzelne Gesellschafter am Gewinn oder Verlust nicht beteiligt sind? Wenn die Teilnahme am Verlust erlassen ist, ist die Zulässigkeit unbestritten. (R.G. in J.W. 03 Beil. S. 17, 34, O.L.G. Kiel in Schles.-Holst. Anzeiger 1922, 268.) Ob ein Gesellschafter von jedem Gewinn ausgeschlossen werden

darf, ist bestritten. Staub verneint die Frage für die O.H.G. und dies m. A. mit Recht; § 705 B.G.B. schreibt vor, daß der Zweck der Gesellschaft ein gemeinsamer sein müsse; dieser ist bei der O.H.G. auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet, für den der nur am Verlust beteiligt, ist die Teilnahme an diesem Zwecke nicht mehr vorhanden. Eine Gesellschaft kann nach § 705 B.G.B. nur durch Vertrag entstehen. Damit wird also zugleich der Gesellschaftsvertrag für notwendig erklärt. Über die Form des Gesellschaftsvertrages sagt das H.G.B. nichts. Es ergibt sich also für den Begründungsvertrag gemäß B.G.B. der Grundsatz der Formfreiheit, im Gegensatz zu den romanischen Ländern. Doch wichtige Ausnahmen ergeben sich aus den §§ 313 und 311 B.G.B. Die Verletzung dieser Formvorschriften würde gemäß § 125, Satz 1 und § 139 B.G.B. in den meisten Fällen die Nichtigkeit des gesamten Gesellschaftsvertrages zur Folge haben; im Falle des § 313 wäre allerdings eine nachträgliche Teilung der Mängel nach § 313, Abs. 2, möglich. Interessant ist die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist. Dies ist abzulehnen, wie schon Steinbach (S. 2ff.) erkannt hat, daß der Gesellschaftsvertrag „kein Austausch, sondern ein Organisationsvertrag ist". Karl Wieland tritt dieser Ansicht bei. (Begriff und Arten der Handelsgesellschaft in seinem Handelsrecht S. 34 ff.) Und dies mit Recht, denn beim Gesellschaftsvertrag will nicht wie bei den gegenseitigen Verträgen, z. B. Kauf, Miete, jeder Vertragsbeteiligte einen Wertausgleich für die eigene Leistung in der Leistung des Andern erhalten. Er opfert den von ihm geleisteten Wert nicht auf, sondern macht ihn nur den gemeinsamen Interessen dienstbar. (Siehe Müller-Erzbach, Kap. 34 a.)

Ein zweites Begriffserfordernis der O.H.G. ist, daß der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist. Interessant ist, daß im H.G.B. vom 10. Mai 1897 nur ein bestimmter Zweck verlangt wird, während im älteren Allgem. d. H.G.B. der bereits bestehende Betrieb eines Handelsgewerbes gefordert wurde. Als Handelsgewerbe ist anzusehen ein solches im Sinne der §§ 1, 2 und 3, Abs. 2 H.G.B., nicht aber ein Kleingewerbe im Sinne des § 4 H.G.B., ein wesentlicher Unterschied zur schweizerischen Kollektivgesellschaft, wie später noch auszuführen sein wird. Schließlich muß das Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betrieben werden. Die Firma bezeichnet die Gesellschafter in ihrer Vereinigung und ist wesentliches Erfordernis der O.H.G. (R.G. 13, 230; 33, 128.) Die Haftung aller Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden ist unbeschränkt und unbeschränkbar.

Die Frage, ob die O.H.G. eine juristische Person ist, erledigt sich nach deutschem Recht ganz einfach. Da eine Gesellschaft vorliegen muß, folgt daraus ohne weiteres, daß die O.H.G. keine juristische Person ist. Sie kann allerdings unter ihrem Namen, d. h. der Firma, Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, Prozesse führen; sie

hat also Eigenschaften, die ihr nach außen hin die Befugnis einer juristischen Person geben. Dernburg sagt daher, die O.H.G. werde in gewissen Beziehungen behandelt wie eine juristische Person, Gareis Lehrbuch § 27, Anmerkung 5, nennt sie eine relative juristische Person. Es ist aber nach der Rechtsprechung des R.G. davon auszugehen, daß die Gesellschafter in ihrer jeweiligen Zusammenfassung Eigentümer des Vermögens und Prozeßpartei sind. (R.G. 46, 41; 65, 21.) Anderer Meinung als die herrschende Lehre sind allerdings Kohler, Beseler und Eccius.

§ 3. Entwicklungsgang des deutschen und schweizerischen Handelsrechts.

Die Kollektivgesellschaft des schweizerischen Rechts ist zu großen Teilen dem Allgem. d. H.G.B. wörtlich nachgebildet worden. Dies erklärt sich aus der Entwicklung des schweizerischen Handelsrechts. Die Vereinheitlichung des Handels- und Wechselrechts vollzog sich in der Schweiz, wie in Deutschland, schrittweise. In Deutschland war die Entwicklung bekanntlich folgende: Nachdem am 26. November 1848 die allgemeine deutsche Wechselordnung durch den Reichsverweser als Reichsgesetz proklamiert worden war, wurde zunächst ein Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, 1859 bis 1861 in Nürnberg und Hamburg beraten und im Februar 1861 abgeschlossen.

Das Recht des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches war aber zunächst nicht gemeines, sondern nur allgemeines Recht, da ja dem damaligen deutschen Bund die Gesetzgebungsgewalt mangelte. Durch die Einzelgesetzgebung wurde es in der Mehrzahl der heute zu Deutschland gehörigen Länder eingeführt, so auch in Österreich, wo es noch heute unverändert gilt. Durch Bundesgesetz vom 5. Juni 1869 wurden die allgemeine deutsche Wechselordnung und das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch zu Gesetzen des norddeutschen Bundes und durch die Reichsverfassung vom 16. April 1871 zu Reichsgesetzen erhoben. Zwecks Angleichung an das B.G.B. wurde dann später das H.G.B. vom 10. Mai 1897 geschaffen.

Ähnlich die Schweiz. Bald nach Erlaß der allgemeinen deutschen Wechselordnung beschloß eine Konferenz von 14 Kantonen die Einführung eines gemeinsamen Wechselrechts, im Jahre 1854. Doch die Einführung im Konkordatswege, d. h. durch die Vereinbarung zwischen den einzelnen Kantonen, mißlang und dem Bunde selbst fehlte damals noch die Zuständigkeit. Nach dem Erscheinen des Allgem. d. H.G.B. wurde alsdann die Vereinheitlichung des gesamten Handelsrechts in Angriff genommen.

Es gab dann zwei Entwürfe von Munzinger 1863 und 1869 bis 1872. Der letztere wurde, nachdem im Jahre 1874 dem Bunde die Zuständigkeit für „alle auf den Handel und den Mobiliarverkehr bezüglichen

Rechtsverhältnisse (Bundesverfassung Art. 64) erhalten hatte, am 27. November 1879 den eidgenössischen Räten vorgelegt und am 14. Juni 1881 zum Gesetz erhoben. Das Bundesgesetz über das Obligationenrecht ergänzt durch das Bundesgesetz über die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Juni 1881, ist am 1. Januar 1883 in Kraft getreten. Durch Verfassungsrevision vom Jahre 1898 wurde der Bund für das gesamte Privatrecht als zuständig erklärt und am 10. Dezember 1907 das schweizerische Zivilgesetzbuch, enthaltend Personen, Familien, Erb- und Sachenrecht, erlassen.

Eine Anpassung des Obligationenrechts an das Schweizer-Zivilgesetzbuch erfolgte durch das Bundesgesetz „betreffend Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechts vom 30. März 1911". Das O.R. wurde als 5. Teil, jedoch mit gesonderter Artikelzählung, dem Zivilgesetzbuche angegliedert. Die Revision der speziell handelsrechtlichen Bestandteile des O.R. wurde aber auf spätere Zeit verschoben. Die Artikel 552 ff, 3. Abteilung, umfassend die Handelsgesellschaften, Wertpapiere, besonders Wechselrecht und Geschäftsfirmen, sind noch in der ursprünglichen Fassung des Gesetzes vom Jahre 1881. Die zuständigen Behörden entschlossen sich im Jahre 1909 deshalb die Revision einstweilen auf das Schuldrecht zu beschränken, da das Z.G.B. am 1. Januar 1912 in Kraft treten sollte, die Zeit für die Anpassung also knapp bemessen war. Immerhin wurde schon 1911 der Redaktor des Z.G.B., Professor Eugen Huber in Bern beauftragt, die noch ausstehende Revision der Titel XXIV bis XXXIII O.R. vorzubereiten. Der Krieg verzögerte diese Arbeit. Aber im Dezember 1919 wurde der fertige Entwurf vorgelegt und 1920 durch das Departement veröffentlicht. Huber starb 1923 und zur Zeit ist mit der Fortführung der Arbeit Bundesrat Dr. Arthur Hoffmann in St. Gallen betraut. Doch sind diese Arbeiten noch nicht abgeschlossen.

§ 4. Der rechtliche Begriff der schweizerischen Kollektivgesellschaft.

O.R. Art. 552, 24. Titel Kollektivgesellschaft sagt uns: „Eine Kollektivgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen, ohne ihre Haftbarkeit nach Maßgabe der folgenden Titel zu beschränken, unter einer gemeinsamen Firma ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben.

Die Mitglieder einer solchen Gesellschaft haben dieselbe als Kollektivgesellschaft in das Handelsregister eintragen lassen. Gesellschaften für andere als die im 1. Absatz bezeichneten Zwecke können Kollektivgesellschaften werden, wenn sie sich als solche in das Handelsregister eintragen lassen."

Die Kollektivgesellschaft ist, wie die O.H.G., eine vertragliche Personengemeinschaft, sie ist wie die O.H.G. eine Gemeinschaft zur

gesamten Hand und keine juristische Person. Das Bundesgericht hat die Kollektivgesellschaft wiederholt als Gesellschaft ohne Persönlichkeit aufgefaßt; (siehe B.E. 45, II Nr. 45, 46 II Nr. 81; 51 I Nr. 58). In der französischen Schweiz hat allerdings die Theorie der juristischen Persönlichkeit viele Anhänger in Anlehnung an die französische Doktrin, die die juristische Persönlichkeit der société en non collectif annimmt. Die Ähnlichkeit der Kollektivgesellschaft mit den juristischen Personen besteht wie bei der O.H.G. darin, daß sie unter ihrer Firma geschäfts- und prozeßfähig ist, siehe Art. 559 und ein Sondervermögen besitzt.

§ 5. Unterschiede der rechtlichen Struktur der schweizerischen Kollektivgesellschaft von der deutschen O.H.G.

Einen wesentlichen Unterschied vom deutschen Recht bildet der Zweck der Kollektivgesellschaft. § 105 des d. H.G.B. verlangt als Zweck der Gesellschaft den Betrieb eines Handelsgewerbes. Die Definition des Handelsgewerbes finden wir in §§ 1 bis 3 d. H.G.B. Es wird unterschieden zwischen natürlichen Handelsgewerben und Handelsgewerben kraft Eintragung. Im O.R. wird nun unterschieden zwischen Handels-, Fabrikations- und anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerben. Diese drei zusammen genommen entsprechen dem Begriff des Handelsgewerbes im d. H.G.B. Art. 13, Ziffer 1 der bundesrätlichen Verordnung über das Handelsregister und das Handelsamtsblatt vom 6. Mai 1890 gibt darüber Aufschluß. Darnach umfaßt

1. das Handelsgewerbe
   a) den gewerbsmäßigen und auf eigene Rechnung betriebenen Ein- und Verkauf von Gegenständen irgend welcher Art mit der Absicht, dabei einen Gewinn zu machen, und Unterhaltung eines ständigen Büros oder Verkaufsmagazins (Engros- und Detailhandel);
   b) die gewerbsmäßige Vermittlung von Kauf und Verkauf irgend welcher Art, mit dem Zwecke durch dieselbe einen Gewinn (Provision, Courtage, Kommission usw.) zu erzielen, und Unterhaltung eines ständigen Büros (Agenten, Mäkler, Curtier, Kommissionär usw.);
   c) die gewerbsmäßige Betreibung oder Vermittlung von Geld, Wechsel, Effekten oder Börsengeschäften irgend welcher Art, Unterhaltung eines ständigen Büros, (Banken, Wechselstuben, Inkassogeschäfte, die Gewerbe der Agenten, Curtier und derjenigen Rechtsagenten, Notare und Advokaten, die nicht ausschließlich mit juristischen Geschäften im engeren Sinne sich befassen oder Beamte sind);

d) die gewerbsmäßige Beförderung von Personen, Sachen, Nachrichten usw., Unterhaltung eines ständigen Büros (Transportanstalten, größere Dienstmännerinstitute, Zeitungs und Telegraphenagenturen usw.);

e) Stellenvermittlungsbüros, deren Betrieb ein gewerbsmäßiger ist (Pfandleihanstalten und dergl.);

f) Versicherungsunternehmungen aller Art.

2. Das Fabrikationsgewerbe:

„Die gewerbsmäßige Umwandlung von Rohstoff oder Ware in ein neues Produkt zum Zwecke des Verkaufs oder zufolge Auftrags.

Hierher gehören auch diejenigen Gewerbe, welche Waren nur verbessern oder für gewisse Zwecke zurecht machen (die Gewerbe der Färber, Appreteure usw., überhaupt Gewerbe der sog. Veredelung)."

3. Andere nach kaufmännischer Art geführte Gewerbe:

a) „Gewerbe zur Gewinnung von Naturprodukten und zum Betrieb derselben, (Bergwerke, Gruben, Erzwäschereien und Torfgeschäfte, Steinbrüche, Handelsgärtnereien, Molkereien, Milchwirtschaft usw.);

b) Gewerbe, die wissenschaftliche oder sonstige spezielle Kenntnisse voraussetzen (Apotheken, Heil- und Kuranstalten, Chemische Laboratorien, Buchdruckereien, Verlagsgeschäfte u. a. m.);

c) Gewerbe, die vermöge ihres Umgangs und Geschäftsbetriebs, Handels- oder Fabrikationsgewerben gleichgestellt werden (Gewerbe von Handwerkern, die entweder ein Verkaufsmagazin halten oder ihr Geschäft in Großem betreiben, so daß dasselbe einer geordneten Buchführung bedarf: Maurer, Zimmer- und Schreinergeschäfte, Baugeschäfte, Parketterien und dergl., Brauereien, Brennereien u. a. m.);

d) Gewerbe, die Lebens- oder Genußmittel kaufen und sie in gleicher oder zubereiteter Form von bestimmten Lokalen an ihre Gäste abgeben, gleichviel, ob sie damit die Beherbergung von Personen verbinden oder nicht. (Hotels, Gasthäuser, Kurhäuser, Fremdenpensionen und dergl.).

Es geht über den Rahmen unserer Arbeit hinaus näher auf diesen wesentlichen Unterschied zum deutschen Recht einzugehen. Doch sei immerhin darauf hingewiesen, daß das d. H.G.B. § 1 ff zwischen Kaufleuten kraft Gewerbes und Eintragung unterscheidet, während im Schweizer Recht die Betreibung eines der oben angeführten Gewerbe genügt, einen zum Kaufmann zu machen. Der Betreffende ist wohl zur Eintragung seines Gewerbes verpflichtet, wird aber nicht

erst durch dieselbe Kaufmann. Was das Erfordernis der gemeinsamen Firma und des Registerzwangs betrifft, so können wir darüber kurz hinweggehen. Einen wesentlichen Unterschied zum deutschen Recht bildet nur noch O.R. Art. 552, Abs. 3: „Gesellschaften für andere als die im 1. Absatz bezeichneten Zwecke können Kollektivgesellschaften werden, wenn sie sich als solche ins Handelsregister eintragen lassen." Es können somit alle einfachen Gesellschaften, die kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe, kein Handels- und kein Fabrikationsgewerbe betreiben, durch Eintragung, die Bedingung ist und konstitutiven Charakter trägt, zur Kollektivgesellschaft werden. Durch Art. 552, Abs. 3 ist auch den Minderkaufleuten die Möglichkeit gegeben, Kollektivgesellschaften zu bilden. Eine solche Gesellschaft heißt dann nichtkaufmännische oder gewillkürte Kollektivgesellschaft. (Vergl. Curti, schw. Handelsrecht S. 230 und Schneider und Fick O.R., großes Komm. in 2 Bänden, Bd. II zu Art. 552, Abs. 3 Anm. 11; Schneider und Fick, Ausgabe des einbändigen Kommentars, siehe Literaturverzeichnis zu Art. 552, Abs. 3, Anm. 11.)

Für den Gesellschaftsvertrag genügt, wie bei uns, die formlose mündliche Vereinbarung.

Als wichtigste Abweichung des schweizerischen vom deutschen Rechte möge noch hervorgehoben werden — ich komme noch später im Laufe der Arbeit darauf zurück —, daß im Gegensatz zu § 128 H.G.B. der einzelne Gesellschafter für eine Gesellschaftsschuld erst dann persönlich belangt werden kann, wenn die Gesellschaft aufgelöst oder über sie der Konkurs eröffnet worden ist, bzw. die Pfändung nicht zur Befriedigung des Gläubigers geführt hat. Art. 564 O.R. Im Entwurf von 1919 ist daran fest gehalten worden, (siehe Huber Entwurf und Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 O.R. Bern 1919/20).

Streitig war immer, ob der Gesellschafter für eine Gesellschaftsschuld eine Solidarbürgschaft eingehen und damit auf die ihm durch Art. 564 eingeräumte Einrede der Vorausklage verzichten könne. Das Bundesgericht hat diese Frage verneint, (B.E. 46, II Nr. 81), da die Bürgschaft eine für den Bürgen fremde Schuld voraussetzt, was nicht zutreffe, wenn ein Gesellschafter für eine Gesellschaftsschuld sich verbürge. Demgegenüber hat die Kommission, die den Entwurf von 1919 berät, die Solidarbürgschaft ausdrücklich zugelassen, nicht nur, weil das erwähnte Urteil als allzu formalistisch erschien, sondern auch deswegen, weil die Bedürfnisse des praktischen Lebens diese Lösung fordern, wonach hinsichtlich der Haftung durch Eingehung einer Bürgschaft die § 128 H.G.B. entsprechende Rechtswirkung herbeigeführt werden kann. Dagegen lehnte sie ab, die Kollektivgesellschaft ausdrücklich als Handelsgesellschaft ohne Persönlichkeit zu bezeichnen. (Siehe Ausf. von Haab, die Reform des Gesellschaftsrechts in der Schweiz, in Z.H.R. Bd. 90, 1927.)

Ich komme später im Laufe dieser Arbeit noch auf die hauptsäch-

lichen Unterschiede zwischen der Kollektivgesellschaft und der O.H.G. zu sprechen. Es sind dies vor allem, um es gleich an dieser Stelle noch einmal zu betonen;

1. die Zulassung der Minderkaufleute zur Kollektivgesellschaft O.R. Art. 552, Abs. 3;
2. die Minderung der Haftung der Kollektivgesellschafter durch ihre nur subsidiäre Haftung O.R., Art. 564, Abs. 3 — eine Parallele findet sich im italienischen Recht — und
3. regelt sich schließlich die Gewinn- und Verlustverteilung nach O.R. Art. 556 und 557 anders, wie bei der O.H.G.

§ 6. Die einzelnen Fälle des Austrittes und Ausschlusses nach deutschem Recht.

„Ausscheiden" oder „Austritt" ist Beendigung des Gesellschaftsvertrags für einen oder mehrere Teilhaber, während die übrigen im Gesellschaftsverhältnis bleiben. Ausschließung ist naturgemäß der Austritt gegen den Willen des Ausscheidenden. Ausscheidungsgrund kann zunächst eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag sein. Gesetzlich geregelt ist in den Ländern des Allgem. H.G.B. nur die bedingte, d. h. für den Fall, daß ein Auflösungsgrund eintritt, getroffene Vereinbarung des Ausscheidens. (Vergl. Allgem. d. H.G.B. Art. 123, Ziffer 2; 127 H.G.B. § 131, Ziffer 4, ferner die §§ 138, 139, O.R. Art. 545 Ziffer 2, 575.)

Einer Abmachung, daß ein Gesellschafter bei Eintritt sonstiger Voraussetzungen oder nach bestimmter Frist berechtigt sein soll, seinen Austritt zu nehmen, steht nichts entgegen. (Vergl. Lehmann § 64, 1a Lehrbuch des H.R. 3. Aufl.)

1. Die Auflösungsgründe sind aufgezählt in § 131. § 131, 4 weist auf den Gesellschaftsvertrag beim Tode eines Gesellschafters hin, § 138 behandelt die Vereinbarung, die es ermöglicht, bei gewissen in der Person eines Gesellschafters eintretenden Auflösungsgründen die Auflösung der Gesellschaft nicht zu bewirken, sondern das Ausscheiden des Gesellschafters, in dessen Person das Ereignis eintritt, herbeizuführen. Ohne eine solche Abmachung würde das personenrechtliche Band zerrissen sein und die O.H.G. erlöschen. Allein die Möglichkeit einer solchen Abmachung hat natürlich große Bedeutung für die O.H.G. Der wirtschaftliche Zweck, der sich immer mit der O.H.G. verbindet, erleidet keine Hemmung durch den Austritt eines Gesellschafters. Die Erreichung der Ziele der Gesellschaft werden von den einzelnen Gesellschaftern unabhängig gemacht.

Dieser Gedanke entspricht dem eigentlichen Wesen der gesamten Hand. Gierke führt in seiner Genossenschaftstheorie aus, daß das

eigentliche Wesen der gesamten Hand in dem allgemeinen Gedanken der vermögensrechtlichen Wirksamkeit einer personenrechtlichen Gemeinschaft sich zeige und das Wesen der O.H.G. als eines solchen Gebildes offenbart sich namentlich in den Grundsätzen, nach denen gewisse Veränderungen ihres Personalbestandes ohne Unterbrechung der Kontinuität ihres rechtlichen Daseins möglich sind. Dem römischen Begriff der Sozietas war das Ausscheiden eines Gesellschafters in dem Sinne, daß trotz des Ausscheidens die Gesellschaft weiter bestehen bleibt, unbekannt. Der Austritt eines Sozius hätte sofort die Auflösung der Sozietas hervorgerufen. Diese Regelung erwies sich, als Rom zu einer Handelsmacht ersten Ranges wurde, als nicht mehr ausreichend. Die Societates vectigalium kennen die Möglichkeit eines Austrittes des Gesellschafters, ohne den Fortbestand der Gesellschaft zu beeinträchtigen. (Siehe Leist zur Geschichte der römischen Sozietas.)

2. Schließlich kann das Gesetz selbst Ausscheidungsgrund sein. Wird über das Vermögen eines Gesellschafters der Konkurs eröffnet, oder der Anteil eines Gesellschafters gepfändet, so haben die übrigen von Gesetzeswegen das Recht, dessen Ausscheiden zu beschließen. Nach Allgem. d. H.G.B. Art 132 war dies nur bei Pfändung möglich. O.R. Art. 577, 1 und H.G.B. § 141 erwähnen ausdrücklich den Konkurs.

3. Möglich ist auch die Ausscheidung durch Richterspruch. Liegen die Voraussetzungen der Auflösung aus wichtigen Gründen vor, so können die übrigen auf Ausschließung des Gesellschafters klagen, in dessen Person der Grund eingetreten ist. Der Richter entscheidet nach freien Ermessen. H.G.B. Art. 128, H.G.B. § 140, O.R. Art. 576. Erst das gerichtliche Urteil, nicht schon die Erklärung eines Gesellschafters, bewirkt die Ausschließung, m. a. W., das Urteil hat konstitutive, nicht deklaratorische Kraft. Die Fassung des § 140 H.G.B. und des O.R. Art. 576 besagt dies ausdrücklich. Die Fassung des Allgem. d. H.G.B. Art. 128 ließ dagegen Zweifel offen. Ein Verschulden des Ausschließenden ist nicht unbedingt erforderlich. R.G.Bd. XXIV, 140; Düringer-Hachenburg § 140, *2.*

Das wären in großen Zügen die einzelnen Ausscheidungsgründe. Wir wollen nun den Begriff und späterhin die einzelnen Voraussetzungen des Ausscheidens näher betrachten.

Der Begriff des Ausscheidens darf nicht eng ausgelegt werden. Es soll sowohl das Ausscheiden durch freiwillige Entschließung eines Gesellschafters, als auch seine Ausschließung bedeuten. Daß auch das Gesetz dies so aufgefaßt wissen will, geht aus der Denkschrift Seite 99 zum H.G.B. hervor, hauptsächlich bei der Behandlung der §§ 136 bis 139 H.G.B.

Sie weist an jener Stelle darauf hin, daß in der Fassung die Sprechweise des B.G.B. berücksichtigt sei und dies auch in Betreff der Anwendung des Wortes „Ausscheiden" gilt. Dem schließt sich das H.G.B. an. Wenn also der 4. Titel des *2.* Buches des H.G.B. vom

„Ausscheiden von Gesellschaftern" spricht, so werden in Übereinstimmung mit dem B.G.B. und dem Genossenschaftsgesetz alle die Fälle verstanden, in denen ohne Auflösung und Liquidation die Zugehörigkeit des ausscheidenden Gesellschafters zur Gesellschaft ihr Ende findet, gleichgültig, ob mit (§138, 139 H.G.B.) oder ohne Willen des Ausscheidenden und letzterenfalls, gleichgültig, ob es kraft Willensaktes der übrigen Gesellschafter (§ 141 H.G.B.), oder kraft richterlicher Entscheidung (§ 140 H.G.B.), oder kraft Eintritt eines sonstigen Ereignisses, Tod, Konkurseröffnung über das Vermögen des Ausscheidenden (§ 138 H.G.B.), erfolgt. (Vergl. Lehmann-Ring, H.G.B. I, S. 298 Nr. 1 zu § 138, fernerhin Makower § 138, III, S. 268 ff. 12. Aufl. Denkschrift, S. 94 Mugdan, Mot. S. 271, ferner Samuel Goldmann, II Vorbemerkung zu § 138.) Das Allgem. d. H.G.B. faßt den Begriff „Ausscheiden" enger und verstand darunter nur den freiwilligen oder notwendigen Austritt, also nur denjenigen Austritt, der nicht infolge Ausschließung nach Art. 128 erfolgt. (Siehe von Hahn, Komm. z. Allgem. d. H.G.B. 3. Aufl., sowie Hergenhahn u. Tuchatsch.)

Im Gegensatz zum Begriff der Auflösung der O.H.G. dauert beim Ausscheiden oder Ausschließung des Gesellschafters der O.H.G. die alte O.H.G. fort. Darin liegt die wesentliche Bedeutung des Instituts des Ausscheidens und der Ausschließung. Es wird dadurch dem aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus entstandenen Wunsch, die Auflösung der O.H.G. zu vermeiden, Rechnung getragen. Düringer-Hachenburg § 138 sagt darüber sehr anschaulich: „Die Auflösung der Gesellschaft beendigt ihre produktive Tätigkeit. Sie wird zur bloßen Abwicklungsgesellschaft. Ist dieses Unternehmen aber rentabel, so liegt in der Zertrümmerung eine große Härte für die Beteiligten. Die zu dem Geschäft gehörenden Aktiven werden schon durch das Auseinanderfallen ihrer wirtschaftlichen Einheit entwertet. Der Zwang zu verkaufen wirkt preisdrückend. Vor allem aber gehen die lebendigen Kräfte, die dem organisierten Unternehmen innewohnen, verloren. Das Personal nimmt neue Stellungen an, die Agenten neue Vertretungen, die Arbeiter verlaufen sich. Das Ladenlokal wird von einem Konkurrenten gemietet. Die Firma erlischt, die Warenzeichen gehen verloren."

Daß die O.H.G. weiter besteht, liegt sowohl im Interesse der zurückbleibenden, wie der ausscheidenden Gesellschafter. Die zurückbleibenden Gesellschafter haben natürlich ein Interesse an der Erhaltung der O.H.G., aber auch dem Ausgeschiedenen ist damit besser gedient, denn das Fortbestehen der O.H.G. gewährleistet dem Ausgeschiedenen die Erhaltung der eingeworfenen Kapitalien besser, als die sofortige Veräußerung des ganzen mit Auszahlung seines Anteils. Wir sehen also, daß sich aus allen möglichen Erwägungen heraus für den Gesetzgeber die Notwendigkeit ergeben hat, den unangenehmen Zustand einer Liquidation zu vermeiden. Das geschieht durch das Institut des Ausscheidens und der Ausschließung.

§ 7. Ausscheiden infolge von Kündigung, Tod oder Konkurs.

Sedes materiae ist § 138 H.G.B., der das Ausscheiden eines Gesellschafters an gewisse Voraussetzungen knüpft. Das Ausscheiden eines Gesellschafters kann hier herbeigeführt werden durch seine Kündigung, seinen Tod oder die Konkurseröffnung über sein Vermögen. Dazu ist aber ein Gesellschaftsvertrag erforderlich, in dem bestimmt ist, die O.H.G. solle weiter bestehen, wenn eines von diesen Ereignissen einträte. Falls kein solcher Vertrag vorhanden ist, löst sich die O.H.G. auf, und es tritt in den meisten Fällen Liquidation ein § 131, 145.

Haben nun die Vorschriften des § 138 H.G.B. den Charakter von Ausnahmevorschriften? Darüber herrscht in der Literatur lebhafter Streit. Am meisten tritt Düringer-Hachenburg in Anmerkung 2 zu § 138 dafür ein, sie nicht als Ausnahmevorschriften gelten zu lassen. Es wird hier die Meinung vertreten, daß es absolut verfehlt sei, die Möglichkeit eines solchen Ausscheidens auf die hier und sonst im Gesetz, § 140, ausdrücklich erwähnten Fälle zu beschränken. Dies gehen daraus hervor, daß überhaupt die Möglichkeit eines Ausscheidens aus der fortbestehenden Gesellschaft anerkannt und damit das Gesetz dem römisch rechtlichen, engherzigen Standpunkt der absoluten Unveränderlichkeit des Personenbestandes aufgegeben hat. Die §§ 736 B.G.B., 138 H.G.B. sind darnach Anwendungsfälle eines allgemeinen gültigen Prinzips. (Ebenso Staudinger § 736 Anm. I, 1 D, Planck § 736 Anm. 1.) Dagegen wenden sich Örtmann § 736 B.G.B. Anm. 2b, Goldmann Nr. 3 und Brand Anm. 3a. Örtmann sagt für das B.G.B. § 736,- daß es sich gerade um eines der im Text genannten Ereignisse in der Person eines Gesellschafters handeln müsse. Brand in seinem Kommentar spricht sich auch dafür aus, daß § 138 H.G.B. als Ausnahmebestimmung eng ausgelegt werden müsse; derselben Meinung sind Goldmann Anm. 3 und Makower.

Darnach kann die Vereinbarung nicht auch für den Fall getroffen werden, daß ein Privatgläubiger eines Gesellschafters gemäß § 135 kündigt, doch möchte ich mich hier der Ansicht von Staub, Anm. 5 Zus. 2, anschließen, daß die im vorliegenden Paragraphen zugelassene Vereinbarung gerade für diesen Fall auch zugelassen werden kann. Zu diesem Schluß muß man angesichts des § 141 Abs. 1 kommen, der sogar zuläßt, daß nach geschehener Aufkündigung von Seiten des Gläubigers die übrigbleibenden Gesellschafter ohne Zustimmung des Gesellschafters, dessen Anteil gepfändet ist, eine Fortsetzung der Gesellschaft vereinbaren können. Auch § 145 Abs. 2 steht dem nicht entgegen. (Siehe Staub, Anm. 17 zu § 145.)

Goldmann § 138, 3 erblickt hierin eine Beschränkung des dem Privatgläubiger nach § 135 verliehenen Rechtes. Hier kann der Privatgläubiger allerdings nicht die Auflösung verlangen, sondern nur die Ausfolgerung des Auseinandersetzungsguthabens des Gesellschafters;

dadurch ist aber sein Interesse hinreichend geschützt. Tod, Kündigung und Konkurs sind also die regelmäßigen Fälle des Ausscheidens nach § 138, wozu aber stets ein Vertragsabschluß aller Gesellschafter mit Einschluß des Ausscheidenden nötig ist; der vor der Auflösung der Gesellschaft durch den Eintritt dieser Ereignisse erfolgt ist. Tritt aber infolge von Kündigung seitens eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft ein, so ist auch nach diesem Ereignis eine Vereinbarung zwischen dem kündigenden und anderen Gesellschaftern möglich, die eine Fortsetzung der Gesellschaft erstrebt. (Siehe Lehmann-Ring, Bd. 1.)

Ist beim Vorhandensein von zwei Gesellschaftern, wenn einer austritt, durch gleichzeitigen Eintritt eines neuen die Erhaltung der O.H.G. möglich? Goldmann, Lehmann, Staub bejahen dies, da hier nur ein Wechsel der Personen vorliegt und das Geschäft nie dasjenige eines Einzelkaufmanns gewesen ist, Makower bestreitet dies, da man hier nicht mehr vom Eintritt in eine Gesellschaft sprechen könne, es sei daher nicht § 130 H.G.B. anwendbar, sondern § 28. Entscheidend wird sein, ob der Eintritt des neuen Gesellschafters lediglich auf Grund einer Vereinbarung mit dem verbleibenden Gesellschafter als Einzelkaufmann stattfindet, oder ob dieser schon mit der früheren Gesellschaft eine Vereinbarung getroffen hat.

§ 8. Die Fälle des Ausscheidens infolge von Ausschluß durch die übrigen Gesellschafter.

Die Fälle der Ausschließung eines Gesellschafters finden sich im § 140 in Verbindung mit § 133. Das H.G.B. kennt die Ausschließung auch ohne Gesellschaftsvertragsbestimmung, wie es im B.G.B. § 737 verlangt ist. Voraussetzung der Ausschließung ist ein begründeter Antrag aller übrigen Gesellschafter; bezüglich der Auflösungsgründe ist im Gesetz auf § 133 verwiesen. § 133 Abs. 1 fordert das Vorliegen eines wichtigen Grundes, und § 133 Abs. 2 führt als besondere Beispiele an, ein solcher Grund sei vorhanden, wenn ein Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt, oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Aber die hier im § 133 Abs. 2 erwähnten Auflösungsgründe sind nicht erschöpfend, sondern nur Beispiele. Der Gesellschaftsvertrag kann hierüber beliebig bestimmen, jedoch wird durch Abs. 3 die Vertragsfreiheit beschränkt.

Als Auflösungsgrund, der nach § 133 für die übrigen Gesellschafter das Recht begründet die Auflösung der Gesellschaft zu fordern, gilt zunächst der vom Allgem. d. H.G.B. Art. 125 erwähnte, jetzt nicht mehr hervorgehobene Grund der Unerreichbarkeit des Gesellschaftszweckes. (Siehe Denkschrift S. 104, Kommissionsberichte S. 56.) Die Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks ist deshalb nicht zum

wirkenden Auflösungsgrund erklärt worden, weil darüber, wann sie vorliegt, Meinungsverschiedenheit herrschen kann (D. 104). Denn schon darüber, was Gesellschaftszweck ist, besteht Streit: Ob Betreibung des Handelsgewerbes überhaupt, ohne Rücksicht auf das Gewinnergebnis, oder nur das Ziel des Gewinnes. Mangelnde Rentabilität ist als Auflösungsgrund anerkannt vom R.O.H.G. 12, 100. Düringer-Hachenburg erklärt es für unrichtig, daß die allgemeine Ansicht (Lehmann Lehrbuch § 61, S. 322, Staub, Goldmann, Ritter), weitere gesetzliche Auflösungsgründe als die im § 131 angeführten nicht anerkennt und rechnet die Erreichung oder das Unmöglichwerden des Vereinbarten im Gegensatz zu Staub zu den Auflösungsgründen des § 131. Er kommt zu diesem Resultat, da er die in dem § 131 aufgeführten Auflösungsgründe durch die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts ergänzen will und findet, daß der Wortlaut des § 131 der durch § 105 Abs. 2 grundsätzlich angeordneten Anwendung des § 726 B.G.B. auf die O.H.G. nicht entgegensteht.

In § 140 ist aber nur auf § 133 verwiesen, schon deshalb fallen die unter § 131 angeführten Auflösungsgründe nicht unter den vorliegenden Paragraphen. Es ist dies auch ohne weiteres klar; die Gründe des § 131 würden die Gesellschaft ohne weiteres auflösen, so daß die Frage der Ausschließung bei ihrem Vorhandensein gar nicht mehr erwogen werden kann. Weiterhin wird aber der Kreis der Ausschließungsgründe nach § 140 auch gegenüber den Auflösungsgründen des § 133 dadurch wesentlich eingeengt, daß der die Auflösungsklage rechtfertigende Umstand in der Person des auszuschließenden Gesellschafters eingetreten sein muß. (Vergl. R.G. 24, 138.)

Die Auflösung der Gesellschaft kann, wie oben ausgeführt, auch aus rein objektiven Gründen, wie anerkanntermaßen Unrentabilität des Unternehmens, gefordert werden (vergl. Düringer-Hachenburg § 133 Anm. 8). Solche Tatsachen können aber nicht die Ausschließungsklage rechtfertigen, in der Regel wird ein schuldhaftes Verhalten des auszuschließenden Gesellschafters vorliegen müssen, doch ist es nicht notwendig, daß das Verhalten unbedingt schuldhaft gewesen ist. (Siehe R.G. 24, 138, wo ein Teilhaber, auf dessen Mitarbeit bei Begründung wesentlich gerechnet wurde, infolge Erkrankung dauernd arbeitsunfähig ist und deshalb ausgeschlossen wird.)

Aus dem Umstande, daß objektive Gründe das Recht aus § 140 nicht geben, folgert das R.G. 108, 388, daß wegen der Verfehlungen eines verstorbenen Gesellschafters die Ausschließungsklage gegen dessen Erben nicht begründet ist. Als wichtiger Ausschließungsgrund wurde vom R.O.H.G. 20, 244 die vertragswidrige Unterlassung der Aufstellung von Inventur und Bilanz durch den tatsächlich allein geschäftsführenden Gesellschafter, sowie der selbständige Abschluß von Geschäften, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgingen, angesehen. (R.O.H.G. 20, 244.) Dagegen wurde vom R.G. für nicht wichtig erachtet, daß der Gesellschafter vertragswidrig

Geschäfte über 3000 RM. abgeschlossen hatte, daß er 5000 RM. aus der Gesellschaftskasse entnommen, obwohl er nur 3000 RM. zu entnehmen hatte; daß er mehr Pferde auf Kosten der Gesellschaft gehalten, als er hätte halten dürfen (Bolze IX, Nr. 465, S. 211), daß er sich weigerte, einen Eid für die Gesellschaft zu leisten (Bolze IX, Nr. 466, S. 212). Dies sei reine Gewissensache. Es sind dies Ansichten, die sehr sonderbar dünken, da die drei ersten Tatbestände sich doch eigentlich als grobe Pflichtverletzungen darstellen, und ebenso eine unbegründete Eidesverweigerung eine schwere Schädigung der Gesellschaft im Gefolge haben kann.

Die Ausschließung nach § 140 erfolgt aber nicht schon durch übereinstimmenden Beschluß der übrigen Gesellschafter, sondern durch richterliches Urteil, wenn letztere die Ausschließung beantragen. Mit der Rechtskraft des Urteils gilt die Ausschließung als erfolgt und die Gesellschaft setzt sich unter den übrigen Gesellschaftern fort.

Die Ausschließung kann auch nicht durch Mehrheitsbeschluß oder einstimmigen Beschluß der übrigen Gesellschafter erfolgen, wenn der Gesellschaftsvertrag dies mit Ausschluß des Rechtsweges gestatten sollte. R.G. 38, 121; R.O.H.G. 21, 84. Das rechtskräftige Urteil bewirkt die Ausschließung und ist somit konstitutiv, nicht deklaratorisch. Bis zum rechtskräftigen Urteil bleibt der Ausgeschlossene Gesellschafter und ist zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigt. R.G. 15, 82.

§ 9. Gesetzliche Sonderfälle des Ausscheidens und der Ausschließung.

Außer den Regelfällen des Ausscheidens und der Ausschließung bringt das Gesetz noch einige Sonderfälle. Hier ist zunächst § 139 zu erwähnen, weiterhin § 141 und 142.

§ 139 bestimmt, daß, wenn im Gesellschaftsvertrage bestimmt ist, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die O.H.G. mit dessen Erben fortgesetzt werden soll, jeder Erbe innerhalb einer im Absatz 3 näher bestimmten Frist sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen kann, daß ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird und der auf ihn fallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird. Der § 139 geht von der Voraussetzung aus, daß im Gesellschaftsvertrage unter den Gesellschaftern vereinbart ist, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll. Wenn kein solcher Vertrag vorhanden wäre, so würde die Gesellschaft nach § 131, 4 aufgelöst. Daß der Erbe zunächst das Recht hat, in der Gesellschaft zu verbleiben, ist klar, denn dies ist vertraglich bestimmt, aber er hat nicht das Recht, ohne weiteres aus der Gesellschaft auszuscheiden. Erst wenn ihm der Versuch mißlingt, als Kommanditist in ihr zu verbleiben, kann er von diesem Rechte Gebrauch machen. § 139, 1 und

2. Die treibende Kraft ist hier der Ausscheidende selbst im Gegensatz zum Ausschluß, bei dem die übrigen Gesellschafter den Stein ins Rollen bringen.

§ 10. Die Fälle des § 141 H.G.B.

§ 141 bringt noch zwei Sonderfälle des Ausscheidens eines Gesellschafters. Wenn ein Privatgläubiger eines Gesellschafters gemäß § 135 die Gesellschaft aufgekündigt hat, — unter den dort genannten drei Voraussetzungen, nämlich

1. daß innerhalb der letzten 6 Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg versucht ist,
2. daß der Privatgläubiger auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf dasjenige erwirkt hat, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt und
3. daß die Kündigung der Gesellschaft 6 Monate vor dem Ende des Geschäftsjahres für diesen Zeitpunkt geschah, — so können die übrigen Gesellschafter auf Grund eines von ihnen gefaßten Beschlusses erklären, daß die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen solle. Die Wirkung ist, daß der betreffende Gesellschafter mit dem Ende des Geschäftsjahres aus der Gesellschaft ausscheidet.

Interessant ist der Fall des § 141 Abs. 2. Ein Gesellschafter ist in Konkurs geraten. In diesem Falle haben die übrigen Gesellschafter das gleiche Recht, wie in Abs. 1. Es ist dies eine Ausnahme, da an sich durch den Konkurs die Gesellschaft aufgelöst ist und deshalb nicht unmittelbar fortgesetzt werden kann. (Siehe § 131 Nr. 5.) An sich ist die Gesellschaft schon in das Liquidationsstadium getreten und trotzdem können die übrigen Gesellschafter dem Konkursverwalter erklären, daß, den Gemeinschuldner ausgenommen, die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen solle. § 141, 2. Landgerichtsdirektor Ritter will aus dieser Annahmevorschrift schließen, daß die Ausschließung eines Gesellschafters sich mit dem Wesen der Liquidation wohl verträgt (siehe Ausführungen über Ausschließungsklage der Handelsgesellschafter in Z.H.R., Band 69). Demgegenüber steht aber die Ansicht des R.G., Band 74, S. 62, die die in der Liquidation befindliche Gesellschaft nur insoweit als fortbestehend behandeln will, als dies für den Liquidationszweck erforderlich sei.

R.O.H.G. VI, S. 112, erkennt hiergegen an, daß die Ausschließung auch noch im Liquidationsstadium zulässig ist. R.O.H.G. 612 ist der Ansicht, daß, wenn die Ausschließungsklage vor Auflösung der Gesellschaft erfolgt ist, auch nach der Auflösung die Ausschließung erfolgen kann. Wir sehen, die Frage ist in der Rechtsprechung sehr bestritten, klar gestellt ist sie eigentlich nur für den Fall des § 141, 2.

§ 141 bildet einen Sonderfall in jeder Hinsicht. Hier liegt keine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags vor, wie in § 138, noch ein Antrag der übrigen Gesellschafter bei Gericht, wie bei § 140, sondern ein einfacher Beschluß. Da der Auszuschließende nicht gefragt werden braucht, ähnelt der Fall doch mehr dem der Ausschließung, als dem des Ausscheidens. Der Beschluß muß aber rechtzeitig erfolgen, bei der Kündigung durch den Privatgläubiger muß er vor Ablauf des betreffenden Geschäftsjahres, also vor Eintritt des Zeitpunktes der Gesellschaftsauflösung geschehen. Er wird wirksam in dem Zeitpunkte, in dem die übrigen Gesellschafter dies dem Gläubiger erklären. Im Falle des § 141, 1 gilt der Gesellschafter mit Ende des Geschäftsjahres als ausgeschieden, bei § 141, 2 mit der Konkurseröffnung.

§ 11. Der Fall des § 142.

Besteht eine O.H.G. nur aus zwei Personen, so können natürlich die Vorschriften des H.G.B. über Ausschließung eines Gesellschafters keine Anwendung finden, denn sie setzen ja gerade das Weiterbestehen der Gesellschaft voraus, was beim Zurückbleiben eines Einzigen ausgeschlossen ist.

Nun hat das Gesetz auch hier einen Ausweg gefunden, um dem berechtigten Interesse des übrigbleibenden Gesellschafters, die Auflösung zu vermeiden, Rechnung zu tragen. Das Allgem. d. H.G.B. kannte diese Möglichkeit noch nicht, es fand dann in den Fällen, wo nur ein Gesellschafter infolge Ausscheidens übrig blieb, die Liquidation statt. Nun aber haben wir § 142, der bestimmt, daß, wenn nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, und in der Person des einen von ihnen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der O.H.G. zulässig sein würde, so kann der andere Gesellschafter unter Vermeidung der Liquidation auf seinen Antrag vom Gericht für berechtigt erklärt werden, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. § 142, 1. Auf die Auseinandersetzung finden dann die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (vergl. Abs. 3).

Ähnlich regelt § 142 die Fälle des § 141. Macht bei einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden O.H.G. ein Privatgläubiger des einen Gesellschafters von der ihm nach § 135 zustehenden Kündigungsbefugnis Gebrauch, so ist der andere Gesellschafter berechtigt, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, auch für diesen Fall finden die für den Fall des Ausscheidens geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Der erste Fall ist, daß dem § 140 entsprechend Ausschließungsgründe vorliegen müssen, Beispiele von solchen Ausschließungsgründen haben wir genügende bei der Besprechung des § 140 erwähnt. Nur geht die Klage in unserem Falle dahin, zu erkennen, daß der Kläger berechtigt ist, das Ge-

schäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. Das Urteil ist konstitutiv; mit seiner Rechtskraft ist der vom Kläger gewünschte Zustand eingetreten, der Beklagte ist berechtigt, sein Auseinandersetzungsguthaben zu verlangen (vergl. R.G. 86, 65).

Sehr bestritten ist in der Literatur die Frage, ob die Übernahme des Geschäfts nach § 142 sich als eine Gesamtrechtsnachfolge darstellt, oder ob zur Übertragung der einzelnen Vermögensstücke besondere Übertragungsakte nötig seien. Staub nimmt in der 6/7. Auflage Gesamtrechtsnachfolge an; in der 8. Auflage wird diese Ansicht aber aufgegeben und an der Notwendigkeit der einzelnen Übertragungsakte festgehalten.

Der in der 8. Auflage von Staub vertretenen Ansicht schließen sich an der Kommentar von Ritter Anm. 7 c zu § 105 und Anm. 2 zu § 142; ebenso Brand Anm. 2 B c. Lehmann-Ring Nr. 4. Der gegenteiligen Ansicht sind das Reichsgericht, der Kommentar von Düringer-Hachenburg Anm. 2, Wieland 651 Anm. 14 und 17 und Güthe Grundbuchrecht, Band I, 488 und mit dem R.G. hat sich die Praxis fast ausnahmslos auf denselben Standpunkt gestellt. R.G. 65, 237, 68, 414. Strunz die Übernahme des Unternehmens einer O.H.G. im Falle des § 142 H.G.B. schließt sich der Ansicht des R.G. an, (ebenso R.G. 82, 360; 86, 65; Bayer. O.L.G. in L.Z. 1917, 681, 1 und in O.L.G.R. 22, 340 und 32, 109; O.L.G.R. Hamburg in O.L.G.R. 29, 387), natürlich hat diese Ansicht des R.G. besondere Bedeutung beim Vorhandensein von Grundstücken. Ein interessantes diesbezügliches Urteil des R.G. finden wir in der Zeitschrift für das Notariat, herausgegeben von dem Verein für das Notariat in Rheinpreußen, 52. Jahrg., 1907, Köln. Das Urteil stammt vom 23. Februar 1907. Es ist auch in der J. W. 1907, S. 303 ff. zitiert. Auch hier tritt das R.G. für die Ansicht ein, daß beim Ausscheiden eines Gesellschafters einer nur aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft Gesamtrechtsnachfolge eintritt und zieht daraus für die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück folgende Schlußfolgerungen: „Nach Abs. 3, § 142 finden auf die Auseinandersetzung, die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Zu diesen Vorschriften gehört auch und namentlich der § 738, Satz 1 B.G.B. Die entsprechende Anwendung ergibt, daß der Anteil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen nicht den übrigen Gesellschaftern, aber dem übrigen Gesellschafter, d. h. dem nicht Ausscheidenden, der bisher der andere Gesellschafter war, zuwächst. Zwar wird vielfach die Ansicht vertreten, daß hier eine Akkreszenz nicht stattfinde, vielmehr eine obligatorische Verpflichtung des Ausscheidenden zur Übertragung seines Anteils an den einzelnen Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens bestehe.

Infolge dieser Auffassung wird bei Gesellschaftsgrundstücken Auflassung verlangt. So Turnau-Förster a. a. O. S. 451, Lehmann-Ring H.G.B. zu § 158 S. 337. Der Kommentar zum H.G.B. von Staub, der

in der 6/7. Auflage (vergl. zu § 141 Anm. 30, zu § 142 Anm. 2 und 3) die analoge Anwendung des § 738 B.G.B. auch in diesem Punkte verteidigte und deshalb die Notwendigkeit der Auflassung bestritt, ist in der 8. Auflage (vergl. zu § 142 Anm. 3) zu der entgegengesetzten Ansicht übergetreten. Das Gesetz bietet aber keinen Anhalt zu dieser beschränkenden Auslegung. Der erkennende Senat hält die Auslegung derjenigen für richtig, die, wie Goldmann H.G.B. zu § 142 Anm. 15, Oberneck a. a. O. S. 467 in den Fällen des § 142 von dem Erfordernis eines besonderen Übertragungsaktes bei Grundstücken, also bei Auflassung, § 925 B.G.B., absehen. —

Ich möchte mich in Gegensatz zu Staub der Ansicht des Reichsgerichts anschließen. James Breit wirft in der „Juristischen Rundschau", 2. Jahrgang, Nr. 21 ff., an Hand eines Streitfalles, der sich vor den sächsischen Gerichten abgespielt hat, aber in der Berufungsinstanz nicht mehr entschieden wurde, da die Parteien sich verglichen, die Frage auf, ob bei einer O.H.G., die aus mehr als zwei persönlich haftenden Gesellschaftern besteht, ein Gesellschafter, soferne in der Person aller übrigen Gesellschafter ein nach § 133, 140, 142 H.G.B. zur Auflösung und gleichzeitig zur Ausschließung ausreichender Grund eintritt, den Anspruch erheben kann, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen.

Breit führt hierbei aus: „Sowohl im Falle des § 140 wie § 142 handelt es sich um die Verwirklichung eines und desselben Rechtsgedankens, mag auch der § 140 von der Ausschließung des vertragsuntreuen Gesellschafters, der § 142 von der Berechtigung des vertragstreuen Gesellschafters zur Übernahme des Geschäfts sprechen. Im einen wie im anderen Falle soll die gesellschaftsfeindliche Zerstörung des Geschäfts die mit der Auflösung der Gesellschaft notwendig verbunden sein würde, § 133 H.G.B. im Interesse der Allgemeinheit vermieden werden. Das Unternehmen als solches soll erhalten bleiben, die Interessen der ausscheidenden Gesellschafter sollen durch Auszahlungen in Geld gewahrt werden. Hält man sich diese Absicht des Gesetzgebers vor Augen, so kann kein Zweifel darüber obwalten, daß die beiden vom H.G.B. allein ausdrücklich geregelten Gestaltungen, d. h. der Fall des § 140 H.G.B.: mehrere vertragstreue Gesellschafter und ein vertragsuntreuer Gesellschafter und der Fall des § 142 H.G.B., ein vertragstreuer und ein vertragsuntreuer Gesellschafter, nicht alle Möglichkeiten gesellschaftlicher Gestaltung erschöpfen. Es ist ebensogut ein dritter Fall möglich: mehrere vertragsuntreue Gesellschafter stehen einem oder mehreren vertragstreuen Gesellschaftern gegenüber. Es wäre durchaus folgewidrig, wenn das Gesetz dem im Interesse der Allgemeinheit liegenden Grundsatz, daß dem vertragstreuen Gesellschafter das Unternehmen unzerstört erhalten bleiben soll, nur auf den Fall beschränken wollte, da nur ein einziger vertragsuntreuer Gesellschafter vor-

handen ist, ihn also nicht auf den Fall ausgedehnt wissen wollte, daß mehrere Gesellschafter vertragsuntreu sind."

Breit folgert daraus, daß § 142 ganz allgemein erweiternd auszulegen sei, welche Ansicht in der neueren Zeit auch immer mehr um sich greift. So hat auch Staub-Bondi in der 12. Auflage sich zu der von Flechtheim in Kommentar Düringer-Hachenburg, § 142 Anm. 3, von Höpker-Aschoff in der D.J.Z. 1910, 1076, von Wieland Handelsrecht I, § 65 Anm. 3 und O.L.G. Hamburg in L.Z. 1915, 1116 vertretenen Ansicht bekannt, wonach der § 142 entsprechend Anwendung findet, wenn bei einer aus mehreren Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft einem Gesellschafter Ausschließungsgründe gegen alle übrigen Gesellschafter zur Seite stehen. In der 11. Auflage vertrat Staub-Bondi noch die Auffassung, daß der § 142 nicht anwendbar sei, wenn ein Gesellschafter mehrere Gesellschafter ausschließen wolle, daß vielmehr für diesen Fall eine gesetzliche Vorschrift nicht existiere und auch der § 142 für diesen Fall nicht angewendet werden könne. Ich möchte mich der neueren Auffassung anschließen, weitgehendere Ausführungen verbietet der Rahmen dieser Arbeit, doch möchte ich hierbei noch auf die weiteren Ausführungen Breits in den Heften 21 bis 24 der „Juristischen Rundschau", 2. Jahrgang, hinweisen.

Ich möchte auch die Ausführungen von Hugo Kahn (Nürnberg) erwähnen, der im Zentralblatt für H.R., Jahrgang 2, Nr. 7/8 unter dem Titel: „Ist bei einer Dreimann-Gesellschaft ein Mann zur Ausschließung aller Anderen befugt?", der extensiven Interpretation des § 142 in der 12. Auflage von Staub-Bondi mit Entschiedenheit entgegentritt und am Standpunkt der 11. Auflage festhalten will. Er findet den Wortlaut des § 142 so klar, daß für eine erweiternde Auslegung kein Raum mehr sei. Der Faktor, daß bei langwierigen Auseinandersetzungen große wirtschaftliche Werte verloren werden können, berechtige nicht zu einer Umdeutung der lex lata. Ich will hier nicht die ganzen Ausführungen Kahns wiedergeben, mir erscheint sein starres Festhalten am Gesetzestexte zu streng und nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprechend.

Für den Fall, daß im Gesellschaftsvertrag vereinbart worden ist, daß die Übernahme des Geschäfts ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven im Falle schwerer Verfehlungen des einen Gesellschafters durch Erklärung des schuldlosen Gesellschafters wirksam werde, lehnt das R.G. in Bd. 109, S. 80 die Anwendung des § 142 H.G.B. ab; ebenda kommt es auch für die Frage, ob der auf Grund des § 142 H.G.B. eingeleitete Rechtsstreit nach dem Tode des angeblich schuldigen Gesellschafters gegen seine Witwe fortgesetzt werden kann, wenn diese auf Grund des Gesellschaftsvertrages als Erbin ihres Ehemannes Gesellschafterin geworden ist, und sich an den Verfehlungen des Verstorbenen nicht beteiligt hat, zu dem Resultat, daß für die Anwendung des § 142 kein Raum ist, da es sich hier um die

Klage aus § 142 H.G.B. gegen einen anderen Gesellschafter handelt, der auf Grund selbständigen durch den Gesellschaftsvertrag gewahrten Rechtes nunmehr Gesellschafter geworden ist. Die Begründung der Klage mit eigenen Verfehlungen der Beklagten sei vom Berufungsgericht mit Recht als unzulässige Klageänderung zurückgewiesen worden, es handle sich hier um keine Ergänzung der Klage im Sinne des § 268, Abs. 1 C.P.O.

Für den ersteren Fall gibt das R.G. folgende Begründung: Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, daß durch den § 17 des Gesellschaftsvertrags eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung der §§ 142, 140, 133 H.G.B. nicht vereinbart worden sei, daß sonach die Berechtigung des vertragstreuen Gesellschafters zur Übernahme des Geschäfts ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven gemäß § 142 H.G.B. nicht schon mit einer entsprechenden Erklärung dieses Gesellschafters, sondern erst mit dem Richterspruch wirksam werde. Doch sei die Auslegung des Gesellschaftsvertrages ganz gleichgültig, denn die betreffenden gesetzlichen Vorschriften haben zwingende Natur. Die Rechte des vertragstreuen Gesellschafters können durch den Gesellschaftsvertrag zwar gemindert, nicht aber erweitert werden (vergl. R.G.Z. Band 38 S. 121, Staub-Koenige § 140 Anm. 4 und 6, abw. Flechtheim in Düringer-Hachenburg § 140 Anm. 15), bleibt noch die Frage, wie verhält sich § 139 zu § 142. Es ist hier der Fall gedacht, daß von zwei Gesellschaftern der eine stirbt und nur einen Erben hinterläßt. Wenn dann der überlebende Gesellschafter den Antrag des Erben auf Einräumung einer entsprechenden Kommanditistenstellung, § 139 Abs. 1, nicht annimmt, so kann der Erbe ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Ausscheiden aus der Gesellschaft erklären in der in Absatz 3 bestimmten Frist. In diesem Falle tritt dann auch diejenige Rechtserscheinung ein, die der Absicht einer Vereinbarung, im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit den Erben fortzusetzen am nächsten kommt: der zurückbleibende Gesellschafter hat das Recht, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen und der abgehende Gesellschafter und Erbe erhält sein Auseinandersetzungsguthaben. Staub § 139 Anm. 20, Düringer-Hachenburg Anm. 29. Die Liquidation wird auf diese Weise vermieden und so wird man den Willen der ehemaligen Vertragskontrahenten, des überlebenden und verstorbenen Gesellschafters, gerecht.

§ 12. Ist noch im Liquidationszustande die Ausschließungsklage möglich?

Wir haben bereits bei Besprechung des § 141, Abs. 2 zu dieser Frage teilweise Stellung genommen und hierbei die interessanten Ausführungen von Ritter in der Z.H.R. Band 69 zitiert, der entschieden gegen die Ansicht des R.G. in dieser Frage Stellung nimmt und

die Möglichkeit der Ausschließungsklage im Liquidationszustande bejaht. Im Liquidationszustande ist nach Ansicht des R.G. (J. W. 1910, 832, 65, und R.G. 74, 62) die Auflösungsklage unzulässig, weil die Gesellschaft bereits aufgelöst sei, zwar wird auch die in Liquidation befindliche Gesellschaft als fortbestehend behandelt, aber nur insoweit, als dies für den Liquidationszweck erforderlich ist.

Im 40. Jahrg. der J. W. Nr. 4, 1911, bekämpft Flechtheim, Köln, diese Rechtsanschauung des R.G. Mit Eintritt der Liquidation hat nach seiner Ansicht nur die produktive Seite der Gesellschaft ihr Ende erreicht, aber der dem Geschäft als ganzem zu Grunde liegende wirtschaftliche Wert sei deshalb noch nicht aufgegeben. R.G. Band 54, 281 beurteilt selbst die Rechtslage folgendermaßen: „Auch durch die Auflösung der Gesellschaft ändert sich die Rechtslage an sich nicht; die Gesellschaft wird dadurch nicht vollständig aufgehoben, sondern besteht mit dem veränderten Zwecke fort, anstatt weiteren Betriebs des Handelsgewerbes nunmehr das Vermögen in Geld umzusetzen." Die Gesellschafter können während der Liquidation jederzeit eine andere Art der Auseinandersetzung beschließen, insbesondere das Geschäft einem oder einigen Gesellschaftern unter Ausschluß der anderen mit Aktiven und Passiven übertragen. Staub § 145 Anm. 13. Staub § 149 Anm. 18 erteilt sogar den Liquidatoren die Befugnis: „Das Geschäft in Pausch und Bogen zu verkaufen."

Flechtheim will daraus schließen, daß, wenn es im Liquidationsstadium möglich ist, durch Rechtsgeschäft das Geschäft als Ganzes zu Gunsten eines oder mehrerer Gesellschafter unter Ausschließung anderer zu erhalten, es doch nicht begrifflich unmöglich sein kann, denselben wirtschaftlichen Erfolg durch die vom Gesetz hierfür eingeführten Ausschließungs- und Übernahmeklagen zu verfolgen. Nun gibt aber Flechtheim selbst zu, daß eine große Schwierigkeit des Verlangens auf Ausschließung nach begonnener Liquidation darin liegt, daß niemals der Ausschluß eines Gesellschafters aus § 140 H.G.B. durch Beschluß aller übrigen Gesellschafter ohne gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden dürfe. (Siehe Staub H.G.B. § 140 Anm. 6 und Goldmann H.G.B. § 140 Anm. 16), sondern immer das richterliche Ermessen entscheiden muß. Der einfache Beschluß wäre selbst unzulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag dies mit Ausschluß des Rechtsweges gestatten sollte. R.O.H.G. 21, 84.

Die gegenteilige Ansicht vertritt in der Literatur Lehmann-Ring H.G.B. § 140 Nr. 8, der dies damit begründet, daß nicht einzusehen sei, daß das, was im B.G.B. § 737 möglich, nicht auch im Handelsrecht vereinbart werden dürfte. Aber diese Ansicht ist abzulehnen, die eben von § 737 B.G.B. abweichende Fassung des § 140 H.G.B. beweist das Gegenteil. Da nun aber das richterliche Ermessen entscheidet, ist es ein großer Unterschied, ob ein im vollen Betrieb befindliches Unternehmen durch Pflichtwidrigkeiten eines anderen Gesellschafters aufgelöst werden muß, oder ob es sich um ein im vor-

geschrittenen Liquidationsstadium befindliches Unternehmen handelt.

Eine sehr scharfe Entgegnung der Ausführungen Flechtheims finden wir in der J. W. Nr. 10, 40. Jahrg., Berlin 1911 (Flechtheims Ausführungen in J. W. Nr. 4, 1911, 40 Jahrg.) und zwar von Hachenburg (Mannheim). Er bezeichnet es als einen Irrtum Flechtheims, wenn dieser meine, es entspräche dem kaufmännischen Bedürfnisse der Erhaltung des Geschäfts, wenn man die Ausschließungsklage im Liquidationsstadium gewährt. Es gibt zwei Möglichkeiten bei der Ausschließungsklage im Liquidationsstadium. Die erste ist, der Kläger erwirkt eine einstweilige Verfügung auf Sistierung der Liquidation, dann bleibt diese liegen, bis der Prozeß aus ist und der Schaden wird sowohl für den verlierenden als den gewinnenden Teil groß sein. Die andere Möglichkeit ist die, daß der Prozeß sich ohne eine solche Verfügung abspielt, die Liquidation also weiter geht, dann findet der Kläger bei Ausgang des Prozesses deren Ergebnisse vor und es frägt sich nun, ob er auf Ersatz des erlittenen Schadens klagen kann. Ich möchte der Ansicht Hachenburgs und des R.G., daß der Zweck des Gesetzes, die Fortführung des Geschäftes zu ermöglichen, nach der Auflösung der Gesellschaft nicht mehr in Frage kommen kann, zustimmen. Die Ausschließungsklage im Liquidationsstadium würde die Liquidation hemmen, ohne das Geschäft zu erhalten. Immerhin aber wird das vertragswidrige Verhalten eines Gesellschafters zu dessen Abberufung als Liquidator führen. § 147 H.G.B.

§ 13. Allgemeine Betrachtungen über die Folgen des Ausscheidens.

Nachdem wir im Vorhergehenden die Arten des Ausscheidens nach deutschem Recht behandelt haben, wenden wir uns jetzt den Folgen dieses rechtlichen Vorganges nach deutschem Recht zu.

Wir wollen uns in den darauffolgenden Paragraphen dieser Arbeit den einzelnen Fällen des Austrittes und der Ausschließung nach Schweizer-Recht zuwenden mit Rückblick auf die behandelnden deutschen Fälle. Wir werden dann mit der Behandlung der Austrittsfälle nach Schweizer-Recht auch gleich deren Folgen besprechen. Um die an sich nicht einfache Materie nicht noch mehr zu komplizieren, ist eine Scheidung der grundlegenden Besprechung des deutschen und schweizerischen Rechtes notwendig.

Die Folgen des Ausscheidens liegen naturgemäß vor allem auf vermögensrechtlichem Gebiet, und dann auch auf formellrechtlichem Gebiet. Dies gilt sowohl beim Ausscheiden im engeren Sinn, wie bei der Ausschließung. Man kann sowohl von Verpflichtungen wie von Rechten des ausgeschiedenen oder ausgestoßenen Sozius gegen die O.H.G. sprechen. Das H.G.B. vom 10. Mai 1897 gibt im Gegensatz zum Allgem. D.H.G.B. keine Vorschriften, wie sich die vermögensrechtliche Auseinandersetzung zwischen dem aus der Ge-

sellschaft austretenden Gesellschafter und seinen früheren Genossen abzuwickeln hat. Im Allgem. D.H.G.B., dem ja die handelsrechtlichen Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts nachgebildet sind, fand sich eine solche Regelung in den Artikeln 130 und 131. In dem ersteren wurden die Grundsätze der in Rede stehenden Materie, insbesondere die Bestimmung des Zeitpunktes, in welchem die Auseinandersetzungen mit dem betreffenden Sozius zu erfolgen hat, in dem letzteren, in welchen Werten der Ausscheidende sein Guthaben am Gesellschaftsvermögen zu fordern hat, bestimmt.

Es wird uns doch noch interessieren, was das Allgem. D.H.G.B. darüber bestimmte.

Die Auseinandersetzung der Gesellschaft mit dem Austretenden erfolgt gemäß Art. 130, 1 auf Grund der Vermögenslage, in welcher sich die Gesellschaft in dem Zeitpunkte des Austrittes befindet. Für den Zeitpunkt des Austrittes ist mithin die Aufstellung einer Zwischenbilanz erforderlich, die in gleicher Weise erfolgt, wie die Gewinn- und Verlustberechnung am Schlusse des Geschäftsjahres. Nur dürfen dabei natürlich keine willkürlichen Wertansätze des Vermögens der Gesellschaft, wie sie bei der regulären Gewinn- und Verlustberechnung oft vorkommen, zu dem Zwecke, den bilanzmäßigen Gewinn zu verringern und ein großes Betriebskapital zu schaffen, angewendet werden.

Art. 130 Abs. 2 bestimmte, daß der Ausgeschiedene an Geschäften, die vor dem Ausscheiden bereits abgeschlossen waren, aber erst nach dem Ausscheiden für die Gesellschaft wirksam werden, und an den mit diesen Geschäften verbundenen Rechten und Verbindlichkeiten anteil nimmt; d. h. das finanzielle Ergebnis solcher Geschäfte wird ihm entweder gut geschrieben oder zur Last gestellt. Nach Art. 131 muß sich der ausgeschiedene oder ausgestoßene Gesellschafter die Auslieferung seines Anteils am Gesellschaftsvermögen in einer den Wert darstellenden Geldsumme gefallen lassen, d. h. er ist verpflichtet, die Auszahlung in Geld anzunehmen.

Sehr bestritten war die Frage, ob er auch berechtigt ist, die Zahlung in Geld zu fordern. Die Art. 131 und 132 entsprechende Vorschrift finden wir in O.R. Art. 577. „Fällt ein einzelner Gesellschafter in Konkurs, oder macht ein Privatgläubiger von dem Rechte des Art. 574 Gebrauch, so können die übrigen Gesellschafter das Ausscheiden desselben beschließen und seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen in Geld entrichten."

Der analoge Fall im neuen D.H.G.B. findet sich in § 141. Eine solche Regelung dieser Frage haben wir nun im H.G.B. vom 10. Mai 1897 nicht mehr, doch genügt eine Verweisung auf das bürgerliche Recht in § 105, Abs. 2 H.G.B., um diese Lücke auszufüllen. Darnach finden die §§ 738 bis 740 B.G.B. auch auf die O.H.G. Anwendung. Regelmäßig maßgebend für die Auseinandersetzung ist der Zeitpunkt des Ausscheidens, (siehe § 738 B.G.B., analog dem Art. 130 des Allgem.

D.H.G.B.). Es wird daher erforderlich sein, nochmals an Hand der einzelnen Fälle den Zeitpunkt des Ausscheidens festzulegen. Wir werden dabei auf eine Bestimmung des H.G.B. stoßen, die sich als Ausnahme von der sonstigen Regel darstellt.

§ 14. Festsetzung des Zeitpunktes des Ausscheidens als Bestimmung des für die Auseinandersetzung maßgebenden Zeitpunktes.

Der Zeitpunkt des Ausscheidens ist im § 138 H.G.B.: Tod des Gesellschafters, Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen, Ablauf der von ihm geschehenen Kündigung der O.H.G., Ablaufen der von seinem Privatgläubiger nach § 135 geschehenen Kündigung, in § 139: Wirksamkeit der Erklärung des Erben, in § 141: Ende des Geschäftsjahres, Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters.

Wir sehen also der für die Auseinandersetzung maßgebende Zeitpunkt ist im § 138, sowie § 139 und 141 die Zeit des Ausscheidens. Als eine Ausnahme von der Regel stellt sich § 140 dar. Es heißt in § 140, Abs. 2: „Für die Auseinandersetzung zwischen der Gesellschaft und dem ausgeschlossenen Gesellschafter ist die Vermögenslage der Gesellschaft in dem Zeitpunkte maßgebend, in welchem die Klage auf Ausschließung erhoben ist." Hier ist also nicht der Zeitpunkt des Ausscheidens für die Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter maßgebend, denn das wäre hier die Rechtskraft des Ausschließungsurteils. Wie bei der Behandlung des § 140 ausgeführt, hat das richterliche Urteil rechtserzeugenden, nicht rechtsbekundenden Charakter; bis zum rechtskräftigen Urteil bleibt der Ausgeschlossene Gesellschafter und ist zur Geschäftsführung und Vertretung befugt. R.G. 15, 82.

Die Bestimmung des § 140 Abs. 2 ist eben deshalb getroffen, damit der auszuschließende Gesellschafter nicht die Möglichkeit hat, aus der Verzögerung der richterlichen Entscheidung durch Einlegung von Rechtsmitteln sich einen günstigeren Zeitpunkt für die Auseinandersetzung zu sichern. (Siehe auch D. 108.) Nun könnte man allerdings sagen, daß der auszuschließende Gesellschafter während des Prozesses durch Ausübung seiner Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis die Gesellschaft schädigen könnte. Es wurde daher auch bei den Kommissionsberatungen des Allgem. D. H.G.B. der Antrag gestellt, den auszuschließenden Gesellschafter sofort bei Erhebung der Klage von Vertretung und Geschäftsführung auszuschließen. (Siehe Kommissionsprotokolle S. 238, 242.) Dies wurde aber abgelehnt aus der Erwägung heraus, daß das Prozeßrecht schon genügend Schutz biete. So können die übrigen Gesellschafter durch einstweilige Verfügung nach § 935 bis 940 C.P.O. den einstweiligen Ausschluß von der Geschäftsführung und Vertretung beantragen. Wir haben nun den Zeitpunkt des Ausscheidens als bestimmend für die

Auseinandersetzung festgelegt für die §§ 138, 139, 140 und 141. In § 138, 139 und 141 ist der für die Auseinandersetzung maßgebende Zeitpunkt die Zeit des Ausscheidens, in § 140 die Zeit der Klageerhebung nach § 140 Absatz 2.

Wie verhält es sich nun bei § 142 Abs. 1? Beim Vorhandensein von nur zwei Gesellschaftern kann der eine, wenn beim andern die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der Gesellschaft zuläßig sein würde, auf Übernahme des Geschäftes klagen. In Absatz 3, § 142 steht nun, daß die Vorschriften über die Auseinandersetzung entsprechende Anwendung finden sollen. Doch muß auch hier für die Auseinandersetzung die Vermögenslage der Gesellschafter in dem Zeitpunkte maßgebend sein, in dem die Klage auf Übernahme des Geschäftes erhoben ist, sonst könnte ja auch hier der andere Gesellschafter einen günstigeren Zeitpunkt für die Auseinandersetzung zu erlangen suchen. Dieser Meinung ist auch Staub, Anm. 4, § 142, das R.G. nimmt meiner Ansicht zu Unrecht dagegen Stellung, Bd. 56, 18. Dagegen ist für § 142 Abs. 2 und analoge Fälle wiederum die Zeit des Ausscheidens maßgebend für die Auseinandersetzung.

§ 15. Sind die Vorschriften über die Auseinandersetzung ius cogens?

Die Vorschriften über die Auseinandersetzung sind enthalten in den §§ 738, 739, 740 B.G.B. Sie stellen aber nur ius dispositivum dar, und sind keineswegs zwingender Natur. (Siehe Staudinger Anm. 3 zu § 738, ebenso Planck B.G.B. Band II zu § 738; Örtmann Recht der Schuldverhältnisse § 738, 4; Motive zum Entwurf eines B.G.B. Band II, S. 632.) Anderer Meinung für § 738 Satz 1 ist Cosack, Lehrbuch Band II, S. 389c.

Die Auseinandersetzung mit dem ausgeschiedenen Gesellschafter kann daher durch Übereinkunft beliebig geregelt werden, z. B. ist es möglich, daß der Ausgeschiedene gegen Zahlung einer Abfindungssumme auf alle weiteren Rechte verzichtet. Staub gibt in Anm. 13 zu § 141, Anhang, eine Reihe von Beispielen abweichender Vereinbarungen, die häufig vorkommen. So wird häufig wegen der Schwierigkeit der Schätzung vereinbart, daß die letzte Bilanz vor oder nach dem Ausscheiden für maßgebend erklärt wird und die Ausgleichung dadurch herbeigeführt wird, daß der Ausscheidende eine durch Kapitalisierung der letztjährigen Erträgnisse festgestellte Entschädigung erhält. Häufig ist auch der Fall, daß der Ausscheidende noch eine gewisse Zeit am Gewinn des Geschäftes beteiligt bleibt, anstatt daß man den Wert des Gesellschaftsvermögens abschätzt, was oft mit großen Schwierigkeiten verbunden ist. Derartige Abreden werden besonders in der jetzigen Zeit getroffen, denn gerade heute sind die gesetzlichen Vorschriften viel zu starr, um die Interessen der übrigbleibenden Gesellschafter und der Gesellschaft wahren zu können. Es

spielen vor allem steuerliche Erwägungen herein. In den regelmäßigen Bilanzen werden gerade heute Abschreibungen und Rücklagen über das notwendige Maß aufgenommen, um Vorsorge für wirtschaftliche Krisen zu treffen, dann aber auch mit Rücksicht auf die Steuergesetze, insbesondere die Vermögenssteuer. Diese Reserven in der Auseinandersetzungsbilanz hervortreten zu lassen, entspricht nicht dem Wunsche aller Beteiligten.

§ 16. **Welche Parteien sind bei der Auseinandersetzung beteiligt?**

Die gesamte Auseinandersetzung findet statt zwischen dem Ausgeschiedenen und der O.H.G. unter ihrer Firma. Das kann man entnehmen aus R.G. 21, S. 95: „Die Vermögensansprüche des Ausgeschiedenen sind aufzufassen als Passiva der fortgesetzten Gesellschaft, umgekehrt seine Vermögensverpflichtungen als Aktiva derselben." Für die Erfüllung der Verbindlichkeiten der O.H.G. haften die einzelnen Gesellschafter als Gesamtschuldner persönlich nach § 128 H.G.B. Nun ist es strittig, ob man sagen kann, die Auseinandersetzung vollzieht sich zwischen dem Ausscheidenden und der Gesamtheit aller übrigen Gesellschafter. Makower, § 138 Anm. 4, bestreitet dies ganz entschieden und begründet dies aus § 140 Abs. 2 H.G.B. Dort ist die Rede von der Auseinandersetzung zwischen der Gesellschaft und dem ausgeschiedenen Gesellschafter. Dieser Schluß scheint doch falsch zu sein, (siehe mit Recht Mengering Diss.). Wenn man annimmt, daß nur die O.H.G. unmittelbar bei der Auseinandersetzung verpflichtet sei, nicht aber unmittelbar die Gesellschafter, sondern diese erst durch § 128 H.G.B., so würde daraus folgern, daß nur die O.H.G. unter ihrer Firma sich verpflichten könnte, nicht aber die einzelnen Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als Mitglieder der O.H.G. § 124 H.G.B. lautet: „Die O.H.G. kann unter ihrer Firma Verbindlichkeiten eingehen." Aus dem „k a n n" geht hervor, daß auch Verbindlichkeiten, die die einzelnen Gesellschafter eingehen, ebenfalls Gesellschaftsverbindlichkeiten werden. Also kann die Auseinandersetzung auch stattfinden zwischen dem Ausscheidenden und der Gesamtheit der übrigen Gesellschafter. Natürlich kann auch der einzelne Gesellschafter in Anspruch genommen werden, da sie ja Gesamtschuldner sind. Ihm stehen dann die Einwendungen aus § 129 H.G.B. zu.

§ 17. **Zuwachsen des Anteils am Gesellschaftsvermögen.**

§ 738 Satz 1 B.G.B. lautet: „Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu." Hierin kommt das Prinzip der gesamten Hand zum Ausdruck und wir müssen zunächst untersuchen, welche Bedeutung dem Worte „Anteil" hier zukommt. Wir werden

zu diesem Zwecke zunächst den Begriff des Gesellschaftsvemögens der O.H.G. erörtern. Es kommen gemäß § 105 Abs. 2 die Vorschriften des B.G.B., insbesondere § 718 und 719 Abs. 1 zur Anwendung. § 718 Abs. 1 sagt: „Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen)." Damit ist der Grundsatz der gesamten Hand anerkannt. Im Gegensatz zum römisch-rechtlichen Prinzip der Sozietät als rein schuldrechtlichem Verhältnis siegte das deutschrechtliche Prinzip eines gemeinsamen, nach außen hin wirksamen Vermögens, über das nur die Gesellschafter gemeinsam verfügungsberechtigt sind nach § 719 B.G.B. Makower behauptet, § 105 Anm. g 1 und 2, daß der Anteil am Gesellschaftsvermögen überhaupt kein dinglicher Begriff sei, sondern bloß ein obligatorischer Anspruch der Gesellschafter gegen die Gesellschaft. Nach seiner Ansicht kann bei der O.H.G. nicht von einem gemeinschaftlichen Vermögen der Gesellschafter gesprochen werden, da eben ein dingliches Recht an ihm dem einzelnen Gesellschafter nicht gegeben sei. Mit Recht wendet sich Staub gegen diese Auffassung, 6. und 7. Aufl., Exkurs zu § 122. Die Beiträge und die von der Gesellschaft erworbenen Sachen müssen doch einen Eigentümer haben und wenn nach Makowers Ansicht die Gesellschafter nicht Eigentümer sind, so müßte die O.H.G. ein eigenes Rechtssubjekt und damit juristische Person sein. Dies ist aber, wie schon erwähnt, nach herrschender Meinung nicht der Fall, die O.H.G. ist vielmehr eine Abart der bürgerlichen Gesellschaft, nur mit einer selbständigeren Stellung des Gesellschaftsvermögens. Eigentümer des Gesellschaftsvermögens sind somit die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit.

Nach § 718 Abs. 2 gehört zum Gesellschaftsvermögen auch alles, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird. Nach R.G., Band 76, S. 276 sind auch die Ansprüche auf die noch nicht einbezahlten Beiträge zum Gesellschaftsvermögen zu rechnen.

§ 719 B.G.B. sagt nun, daß ein Gesellschafter über „seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen" nicht verfügen kann. Hier begegnen wir auch dem Begriff des „Anteils am Gesellschaftsvermögen". Laband und Lehmann-Ring halten nun eine genaue quotenmäßige Berechnung dieses Anteils für zulässig. Diese Ansicht beruht auf einer Verkennung des Begriffes „Kapitalkonto", der scharf zu scheiden ist von dem „Anteil am Gesellschaftsvermögen". Würde sich der Begriff „Kapitalkonto" mit dem Begriff „Anteil am Gesellschaftsvermögen" decken, so würde mit Passiven-Kapitalkonto eines Gesellschafters auch dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen erlöschen. Die Denkschrift S. 87, 88 erhlärt deshalb, daß in den §§ 120, 121 und 122 H.G.B.

„deswegen der Ausdruck Kapitalanteil an Stelle des Ausdrucks Anteil am Gesellschaftsvermögen gewählt wurde, da letzterer zu dem Mißverständnis geführt habe, als ob die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände nach dem Verhältnis der Kapitalkonten im Miteigentum der Gesellschafter ständen". Das alte H.G.B. sprach nämlich in Art. 106 von „Anteilen am Gesellschaftsvermögen".

Bereits in der 5. Auflage von Staub war ausgeführt, daß dies eine falsche Ausdrucksweise sei. Die Gesellschafter haben nicht oder nicht bestimmbare Quoten am Gesellschaftsvermögen. Aktiv- und Passivsalden stellen sich lediglich als fiktive Ziffern, Rechnungsposten, dar, das Vermögen der Gesellschafter steht mithin im Gesamteigentum aller Gesellschafter, auch der Inhaber von Passivsalden.

Gierke, Archiv für bürgerliches Recht, Band 19, S. 129, erklärt, die Kapitalanteile am Gesellschaftsvermögen erschöpfen das Gesellschaftsvermögen. Mit Recht sagt Staub dazu, daß ja auch Gierke den Grundsatz vertritt, daß das Gesellschaftsvermögen allen Gesellschaftern nach dem Grundsatze der gesamten Hand zustehe, mithin auch den Gesellschaftern, die nicht ein Aktiv-, sondern ein Passivsaldo haben. Demnach wäre der Grundsatz der gesamten Hand durchbrochen, wenn die Kapitalanteile die Anteile am Gesellschaftsvermögen erschöpften, denn dieses wäre dann nur Eigentum der Inhaber von Aktivsalden.

Der Kapitalanteil eines Gesellschafters läßt sich also, wie Staub richtig im Gegensatz zur Labandschen Miteigentumstheorie bemerkt, während des Bestehens der Gesellschaft nicht ziffernmäßig ausdrücken, während des Bestehens der Gesellschaft muß man den Begriffen des Aktiv- und Passivsaldos die juristische Bedeutung absprechen. Aktiv- und Passivsaldo sind fiktive Ziffern, der Aktivsaldo bedeutet nicht einen Anspruch an die Gesellschaft, auch keinen bedingten oder betagten Anspruch; ebenso ist der Passivsaldo keine Schuld an die Gesellschaft, auch keine bedingte oder betagte.

Der Aktiv- und Passivsaldo bedeutet auch keine Ziffer, die für die Größe eines Miteigentumsrechtes des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen maßgebend wäre; denn ein solches Miteigentum besteht nicht, sondern nur ein Eigentum aller Gesellschafter zur gesamten Hand. Bedeutung erlangt das ziffernmäßige Aktivsaldo in einem Fall während des Bestehens der O.H.G.: nämlich als Ziffer für die Berechnung der Zinsen nach § 121 H.G.B. Rechtliche Bedeutung können die Ziffern der Kapitalkonten im Augenblicke der Auseinandersetzung erlangen; aber auch dies ist nicht notwendig. Der Aktivsaldo kann dann unter Umständen die Summe bezeichnen, die der Gesellschafter aus der Gesellschaftskasse oder von Gesellschaftern, die weniger als den vertragsmäßigen Verlust tragen, fordern kann; wogegen der Passivsaldo eben oft diejenige Summe bezeichnet, mit der der Gesellschafter diejenigen Gesellschafter entschädigen muß, die mehr als den vertragsmäßigen Verlust bisher tragen.

In der Praxis stimmen jedoch Aktiv- und Passivsaldo nicht genau mit diesen Summen überein, denn bei der Auseinandersetzung sind, auf welchen Punkt wir später noch kommen, und was wir teilweise schon erwähnt haben, die Grundsätze bei der Aufstellung der Bilanz andere, als während der Dauer der Gesellschaft. Während der Dauer der Gesellschaft sind Abschreibungen sehr beliebt, um die Gewinnziffern zu verkleinern, das darf aber bei der Auseinandersetzungsbilanz im Interesse des ausscheidenden Gesellschafters nicht der Fall sein; hier muß der wahre Wert angesetzt werden. Die Bedeutung der Kapitalkonten liegt, abgesehen von der Zinsberechnung nach § 121 darin, daß sie einen ungefähren Anhalt für den Stand des vermögensrechtlichen Verhältnisses des Gesellschafters zur Gesellschaft geben. Die sogenannte Theorie der geteilten Mitberechtigung, die den Anteil eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen als Miteigentum pro indiviso, sei es mit festem Boden, oder mit fortwährender Änderung der Quoten ansah, vertreten von Renaud, Recht der Kommanditgesellschaften S. 234, Laband in Z.H.R., Band 31, S. 40 ff., ist wohl überwunden. Dagegen hat auch das R.G. 68, 412 Stellung genommen. Die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung hat gesiegt, vor allem unter dem Einfluß Gierkes, es gibt keine Quoten am Gesellschaftsvermögen als Gesamteigentum aller Gesellschafter; ebensowenig Eigentum nach Bruchteilen. (Anderer Meinung Goldmann-Lilienthal I, 783 und Lehmann-Ring, Vorbem. zu § 105 H.G.B.)

Sehen wir nun, wie Gierke, der geistige Schöpfer dieser Theorie, die Anteile definiert. Sie lauten nach ihm (siehe Genossenschaftstheorie S. 497) in jedem Augenblick auf bestimmte Summen oder sind doch auf solche reduzierbar, drücken aber in Wahrheit Bruchteile des jedesmal vorhandenen Gesamtwertes aus, welche dem rechnungsmäßigen Verhältnis des Nennbetrages des einzelnen Anteilkontos zu dem Nennbetrage des Gesellschaftsvermögens entsprechen. — Diese von Gierke und Laband vertretene Berechnungsmethode stellt sich folgendermaßen dar: Der Anteil ist gleich dem Quotienten eines Bruches, dessen Zähler der Nennbetrag des Anteilkontos des Gesellschafters und dessen Nenner der Nennbetrag des Gesellschaftsvermögens bildet. Diese Bruchteile sind keine konstanten Größen, sondern abhängig von der Erhöhung oder Verminderung der kapitalistischen Einlage, sowie von dem Anteile am Gewinn und Verlust, so daß sie nicht immer eine positive Wertgröße darzustellen brauchen. Abgesehen davon, daß der Anteil gerade auf Null lauten kann, kann er in zweifacher Weise eine negative Wertgröße bedeuten, indem er einerseits, falls der Gesamtwert des Gesellschaftsvermögens (der Nenner) unter Null sinkt einen Anteil an einem unterwertigen Vermögen, d. h. einen gesellschaftlichen Schuldenteil bezeichnet, andererseits, falls er selbst (der Zähler) einen negativen Bruchteil ausdrückt, als unterwertigen Anteil am Gesellschaftsvermögen eine

Ausgleichsschuld gegenüber den anderen Anteilen darstellt, (Genossenschaftstheorie S. 499).

Wenn z. B. der Gesellschafter A eine Einlage von 6000 RM. gemacht hat, der Gesellschafter B nichts eingebracht hat und im ersten Jahre ein Verlust von 4000 RM. vorhanden ist, der von Beiden gleichmäßig getragen werden soll, so ergibt sich als Nenner ein Gesellschaftsvermögen von 2000 RM., als Zähler für A ein Kapitalanteil von 4000 RM., für B ein solcher von 2000 RM., erhält also $\frac{4000}{2000} = +2$, d. h. den doppelten Wertbetrag des Vermögens, während der Wertanteil des B in $\frac{-2000}{2000} = -1$ besteht, d. h. ein Soll in Höhe des aktiven Gesellschaftsvermögens vorhanden ist.

Solange nun das Gesellschaftsverhältnis andauert, sind die ideellen Anteile einer einseitigen Verfügung der Gesellschafter entzogen „die ideellen Anteile sind durch die gesamte Hand ihrer Subjekte streng gebunden, daß sie weder durch Veräußerung, noch durch Anstellung der Teilungsklage teilweise realisierbar sind. Löst sich aber die Gesellschaft auf, so enthält der Wertanteil eine unentziehbare individuelle Anwartschaft auf einen seinem derzeitigen Wertbetrage entsprechenden Geldbetrag". (Siehe Gierke, Genossenschaftstheorie S. 502/503.) Ist der Anteil eine negative Wertgröße, so tritt an Stelle der Anwartschaft eine Zahlungspflicht, diese bei einer Liquidation möglichen Folgen dürfen aber beim Gegenstand unserer Abhandlung, beim Ausscheiden eines Gesellschafters, nicht analog angewendet werden. Der Wertanteil am Gesellschaftsvermögen erlischt ebenso wie die Mitträgerschaft der gesamthänderischen Rechte gänzlich mit dem Ausscheiden. Soweit die Ausführungen Gierkes in seiner Genossenschaftstheorie. Sie interessieren als die Ausführungen des Schöpfers der Gesamttheorie, auf deren Boden sich das B.G.B. in § 718 und 719 gestellt hat.

Der Gegner Gierkes, Laband, der ein Miteigentumsrecht im römisch-rechtlichen Sinne annimmt, dürfte mit seiner Ansicht nicht durchgedrungen sein. Laband führte aus (in Z.H.R. XXXI, 1885, S. 51 ff.) condominium im Sinne des römischen Rechts sei nicht nur dann vorhanden, wenn es ohne Zusammenhang mit anderen, die Verhältnisse unter den Miteigentümern mitbestimmenden Rechtsbeziehungen existiere, sondern es könne auch im Zusammenhang mit solchen anderen Rechtsbeziehungen unter den condomini bestehen, ohne daß dadurch Wesen und Begriff des condominiums beseitigt würden, es bestehe ein condominium pro indiviso an den Vermögensteilen. Die Annahme eines vom Miteigentum verschiedenen Gesamteigentums habe für die O.H.G. keine Berechtigung, da bei den Anteilen der Gesellschafter sehr wohl eine Quotenteilung bestehe, die allerdings veränderlich, aber in jedem Augenblick bestimmt, bzw. bestimmbar seien. In ihrer Summe seien die Anteile jedesmal dem

Gesellschaftsfonds als Ganzes gleich." Wolle man den Anteil eines Gesellschafters als Quote ausdrücken, so mache man einen Rechnungsabschluß und schreibe auf Grund desselben einen Bruch, dessen Zähler der Saldo des Kapitalkontos des Gesellschafters und dessen Nenner die Schlußsumme der Bilanz ist. Betragen z. B. das Handlungsvermögen rechnungsmäßig 19 842 RM. und der Saldo des Gesellschafters A 6317 RM.- so sei seine Quote am Handlungsfonds 6317 : 19 842 RM.

Wir haben schon oben erwähnt, wie Staub diese Ansicht Labands treffend widerlegt hat mit der Begründung, daß nach dem Gesetz das Gesellschaftsvermögen allen Gesellschaftern zusteht, also auch denen, die ein Passivsaldo haben, oder deren Konto gleich Null ist. Nach der Theorie Labands könnte aber unter Umständen das Vermögen der Gesellschafter einem einzigen zustehen, wenn das Kapitalkonto der anderen Gesellschafter negativ oder gleich Null ist. Aktiv- und Passivsaldo sind fiktive Ziffern ohne juristische Bedeutung, die keinen Anspruch und keine Schuld der Gesellschaft bedeuten (siehe auch Staub, 12 und 13. Aufl. Anm. 7 zu § 120 S. 652).

Der Ansicht Staub ist auch das R.G. gefolgt, nachdem ein Eigentum des einzelnen Gesellschafters an den körperlichen Sachen der Gesellschaft und ein Gläubigerrecht derselben an den Forderungen weder in Form eines nach Quoten geteilten Miteigentums an den einzelnen Sachen oder eines nach Quoten geteilten Gläubigerrechts in Ansehung der Forderungen noch auch in der Form eines nach Quoten geteilten Anteilrechtes am ganzen Inbegriff des Gesellschaftsvermögens besteht. (R.G., Bd. XXV, Nr. 52, S. 256.) Der einzelne Gesellschafter sei über seinen idellen Anteil nicht verfügungsberechtigt. Es gäbe kein Partikelchen der Sache, das nicht dem anderen Gesellschafter gehöre. Das Gesellschaftsvermögen steht nach dem Grundsatz der gesamten Hand allen Gesellschaftern gemeinsam zu, aber keinem von ihnen eine bestimmte oder wandelbare Quote. Der einzelne Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen verfügen, es gibt keinen bestimmten Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen.

Cosak macht in seinem Lehrbuch, 10. und 11. Auflage, S. 477 den Versuch, die Kapitalanteile der Gesellschafter ziffernmäßig zu berechnen. Er gibt aber selbst zu, daß die Berechnung der Kapitalanteile hinter den Auf- und Abstieg des reinen Gesellschaftsvermögens einherhinkt: sie gibt Größen, die, sobald festgestellt, veraltert sind. Meiner Ansicht nach ist dieser Versuch Cosacks abzulehnen. Ich möchte mich den Ausführungen Staubs und des R.G. anschließen.

§ 18. **Woraus setzt sich der „Anteil" am Gesellschaftsvermögen zusammen?**

Um die Bedeutung des in § 738 ausgesprochenen Satzes, daß der Anteil des Ausscheidenden den übrigen Gesellschaftern zuwachse, zu

verstehen, ist auch noch zu untersuchen, aus welchen Faktoren sich der Anteil eines Gesellschafters zusammensetzt. Hier kommen zunächst die Einlagen in Betracht, die der Gesellschafter bei Beginn der Gesellschaft oder bei seinem Eintritt macht. Einlage sind diejenigen Vermögenswerte, welche die Gesellschafter als solche in die Gesellschaft bringen. § 706 B.G.B. bestimmt darüber, daß die Gesellschafter in Ermangelung einer anderen Vereinbarung gleiche Beträge zu leisten haben. Der Gesellschaftsvertrag kann also über die Höhe und Art der Beiträge beliebig bestimmen. Planck, Bd. II, B.G.B. zu § 706, bezieht diese dispositive Vorschrift nur auf die Höhe der Beiträge. Das ist aber sicherlich nicht richtig. Auch die Motive zum B.G.B., § 630, S. 596 sprechen davon, daß auch Gleichartigkeit der Beiträge gemeint ist; der gleichen Meinung ist Oertmann zu § 706, I. der der Ansicht ist, daß sie nach dem Vorbild des alten H.G.B. Art. 267 sowohl in Art, wie in Umfang gleich sein sollen. Sonst können die Beiträge verschiedener Art sein: Sachleistungen (z. B. Grundstücke, Waren) Rechte (z. B. Forderungen, Handlungen, Dienste und Arbeitsleistungen). Als Beitrag genügt es schon, wenn ein Gesellschafter den Gebrauch seines angesehenen Namens zur Empfehlung gestattet (vergl. R.G., Band XXXVII, S. 61 und Knoke, S. 29). Welche Gegenstände oder Leistungen beizutragen sind, darüber bestimmt der Gesellschaftsvertrag. Ob die eingebrachten Gegenstände in das Eigentum der Gesellschaft übergehen sollen, oder ob sie nur zur Nutzung oder zum Gebrauch bestimmt sind, all dies entscheidet der Gesellschaftsvertrag. Zur Erleichterung für die Auslegung des Gesellschaftsvertrags stellt das Gesetz zwei Auslegungsregeln auf:

a) Wenn vertretbare oder verbrauchbare Sachen, unter letztere fallen natürlich die Geldleistungen, beizutragen sind, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden sollen,

b) bei der Einbringung von nichtvertretbaren und nichtverbrauchbaren Sachen ist gleichfalls im Zweifel anzunehmen, daß sie gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden sollen. Vorausgesetzt wird hier aber weiter, daß sie nicht nach einer Schätzung beizutragen sind, die lediglich für die Gewinnverteilung bestimmt ist; dies gilt also für Sachen, die nicht bloß auf Grund einer aestimatio taxationis causa facta, sondern auf Grund einer aestimatio venditionis causa eingebracht sind.

Daß im Zweifel die Schätzung venditionis causa vermutet wird, ergibt der Wortlaut des Paragraphen. Der rechtliche Charakter der Einbringung zu Eigentum ist eine Veräußerung, und zwar im Grunde eine besonders geartete. Denn die Veräußerung geschieht hier nicht auf Grund von Kauf oder Hingabe an Zahlungsstatt (vergl. Knoke S. 30), sondern eben in Erfüllung der aus dem besonderen Gesellschaftsvertrag übernommenen Verpflichtungen. Trotzdem finden auch hier

die Vorschriften des B.G.B. über die Folgen eines Mangels im Rechte oder eines Mangels der Sache Anwendung: §§ 445, 493 B.G.B. Die übrigen Gesellschafter können daher bei Mängeln Wandelung oder Minderung, § 462, 463 B.G.B. unter Umständen nach § 463 B.G.B. auch Schadensersatz beanspruchen, bei einer Gattungssache Lieferung einer mangelfreien Sache, § 480 B.G.B. Die Wandelung wird sich hier so vollziehen, daß die beanstandete Sache zurückgenommen wird und die Gegenleistung in Geld vergütet wird; bei einer Minderung wird Zuzahlung eines Aufgeldes auf die im Gesellschaftsvermögen verbleibenden Sachen zu erfolgen haben.

Im Gegensatz zum Standpunkte des gemeinen Rechts, daß bei einer allgemeinen Vermögensgesellschaft der unmittelbare Vermögensübergang durch den Gesellschaftsvertrag selbst stattfinden soll, bewirkt das reine Einbringungsversprechen noch nicht die Rechtsübertragung an die Gesellschaft, sondern die Gegenstände müssen der Gesellschaft wirklich zu Eigentum übertragen sein. Es bedarf also bei Grundstücken der Auflassung und Eintragung ins Grundbuch, § 873, 925 B.G.B., bei beweglichen Sachen der Übergabe, § 929 ff. B.G.B., bei Forderungen der Übertragung, wenn nicht schon das Illationsversprechen selbst die Cession enthält, was oft der Fall ist, R.G.E., Band XXXI, S. 29, bei Orderpapieren des Indossaments. Ob die Beiträge wiederholte oder fortlaufende oder einmalige sind, auch darüber bestimmt der Gesellschaftsvertrag. Zur Erhöhung des vereinbarten Betrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ist ein Gesellschafter nicht verpflichtet, B.G.B. § 707, ebenso altes H.G.B. Art. 92. Nach § 122 Abs. 2 H.G.B. ist er aber nicht befugt, ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter seine Einlage zu vermindern.

Den Einlagen gegenüber stehen die Aufwendungen, die ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten macht. Nach § 110 H.G.B. kann er für Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, Ersatz verlangen. Ebenso ist ihm die Gesellschaft zum Ersatz der Verluste verpflichtet, die er unmittelbar durch seine Geschäftsführung und Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, erleidet. Für aufgewendetes Geld kann er von der Zeit der Aufwendung an Zinsen verlangen, und zwar gemäß § 352 Abs. 2 fünf Prozent.

Der Geschäftsanteil des Gesellschafters kann sich nun durch den ihm zugeschriebenen Anteil am Gewinn erhöhen oder durch den ihm abzuschreibenden Verlustanteil vermindern. Weiterhin kann sich der Anteil mindern, durch die nach § 122 H.G.B. entnommenen Beträge; nach diesen Bestimmungen hat jeder Gesellschafter das Recht Geld bis zum Betrage von vier Prozent seines für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Anteils zu seinen Lasten zu erheben, gleichgültig, ob Verlust erlitten oder Gewinn erzielt wurde.

Für die Gewinn- und Verlustberechnungen gelten folgende Regeln:

Jeder Gesellschafter hat ein Recht auf Gewinn, soferne ein solcher gemacht worden ist. Am Schluß jedes Geschäftsjahres wird deshalb auf Grund der Bilanz der Gewinn oder Verlust des Jahres ermittelt und für jeden Gesellschafter sein Anteil daran berechnet. § 120 H.G.B. Abs. 1. Fernerhin ist jeder kapitalbeteiligte Gesellschafter berechtigt, aus der Gesellschaftskasse 4 Prozent seines für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalsanteils zu seinen Lasten zu erheben, § 122 H.G.B. Die Grundziffer, von der die zu entnehmenden 4 Prozent sich berechnen, ist die Ziffer des Aktivsaldos, wie sie sich für das letzte Jahr herausstellt. Wer keinen Aktivsaldo am Ende des Jahres hat, kann die Zinsen nicht beanspruchen; denn dann fehlt ja die Grundziffer für die Errechnung der 4 Prozent. Staub Anm. 3 § 122, Anm. 2 § 121. Dagegen ist gleichgültig, ob der Kapitalanteil unter seinen ursprünglichen Stand herabgemindert ist, denn in diesem Falle hat der Gesellschafter auch einen Kapitalanteil und kann die Auszahlung der Zinsen verlangen. (Siehe Cosack, 7. Aufl., S. 196, III 2, a.)

Der Gesellschafter ist berechtigt, die 4 Prozent zu entnehmen, aber nicht verpflichtet, er kann es vorziehen, sie seinem Aktivsaldo zukommen zu lassen. Die Wirkung der Entnahme ist, daß sein Aktivsaldo vermindert und das Passivsaldo vermehrt wird. Die Salden sind aber nicht Schulden an die Gesellschaft, wenigstens nicht solche, die während der Dauer der Gesellschaft zu berechnen wären.

Des weiteren kann auch der Rest des Jahresgewinns vom Gesellschafter entnommen werden, aber nur, wenn dies der Gesellschaft nicht zum Schaden gereicht. Der Rest des letzten Jahresgewinns ist alles, was nach § 120 und 121 als Gewinnanteil dem Geschäftsanteil nach Abzug der 4 Prozent gutzuschreiben ist, die nach § 122 an den Gesellschafter auszuzahlen sind. Diese 4 Prozent gebühren nur dem kapitalbeteiligten Gesellschafter. Eine Erhöhung dieser Vorzugsdividende gibt es nicht; sie wird aber geringer, wenn der Jahresgewinn hierzu nicht ausreicht (siehe § 121).

Ist der Jahresgewinn größer als der Betrag der 4 Prozent, die die kapitalbeteiligten Gesellschafter von ihrem Anteil erhalten, so wird der nach Abzug der Vorzugsdividende verbleibende Überschuß zu gleichen Teilen nach Köpfen auf alle Gesellschafter, auch auf die nicht kapitalbeteiligten, die keine Einlage haben, verteilt. § 121 Abs. 3.

Der Verlust wird mangels Antrag vertraglicher Bestimmung immer nach Köpfen geteilt, gleichgültig, ob der Gesellschafter mit Kapital beteiligt ist oder nicht. Der Verlust wird auf dem Passivkonto jedes Gesellschafters eingesetzt, bzw. seinem Aktivkonto abgeschrieben. Ist die Summe der gutgeschriebenen Beträge größer als die der zur Last geschriebenen, so ergibt sich ein Aktivsaldo, ist sie geringer, ein Passivsaldo, ist sie gleich Null, so ist der Saldo des Gesellschafters gleich Null. Wie schon erwähnt, sind dies aber nur fiktive Zif-

fern, die nicht etwa die dem Gesellschafter zukommende Quote am Gesellschaftsvermögen darstellen. Wir sahen also, der Geschäftsanteil eines Gesellschafters setzt sich hauptsächlich zusammen:

1. aus den im Gründungsgesellschaftsvertrage festgesetzten und inferierten Einlagen, sowie aus den etwaigen Erhöhungen, zu denen aber der Gesellschafter nach § 707 B.G.B. nicht verpflichtet ist,
2. aus den Anteilen am Gewinn und Verlust.

Für denjenigen, der ein Recht eingebracht hat, kann bei der Anteilsberechnung auch § 718, Abs. 2 B.G.B. von Bedeutung sein. Nach § 718 Abs. 2 gehört zum Gesellschaftsvermögen alles, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes erworben wird. Die Gegenstände, die auf Grund dieses Rechtes erworben werden, müssen innerhalb des Gesellschaftsvermögens dem Anteil desjenigen zugeschlagen werden, der das Recht eingebracht hat. Nach § 718 Abs. 2 gehört ferner zum Gesellschaftsvermögen das, was als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird. Da mit der Rechtsverschaffung und Eigentumsübertragung der eingelegten Werte die O.H.G. deren Gefahr trägt, werden auch evtl. Ersatzleistungen den einzelnen Anteilen zuzuschreiben sein.

§ 19. Kann der ausgeschiedene Gesellschafter seinen aktiven Anteil am Gesellschaftsvermögen zur Berechnungszeit herausfordern?

Die Antwort gibt uns der bereits zitierte § 738 B.G.B.: „Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu."

Der Anteil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen wächst den Anderen kraft Gesetzes zu. R.G. III, Nr. 31, S. 94, 95. Dies ist eine logische Konsequenz der Absicht des Gesetzgebers, mit dem Institut des Ausscheidens und der Ausschließung dem Bestande der O.H.G. eine größere Festigkeit zu gewähren. Das Gesellschaftsvermögen sollte trotz Ausscheidens eines Gesellschafters ungeteilt bei der Gesellschaft verbleiben.

Bei den Beratungen zum B.G.B. gab es lebhafte Meinungsverschiedenheiten bezüglich der Frage, ob es hierbei eines Übertragungsaktes von Seiten des ausscheidenden Gesellschafters bedürfe, oder ob sich der Anfall ipso jure vollziehen solle. Das alte H.G.B. hatte den Anfall ipso jure vor sich gehen lassen. Art. 131. Ein ausgeschiedener Gesellschafter hatte nach Art. 131 kein Recht auf einen verhältnismäßigen Anteil an den Forderungen, Waren oder anderen Vermögensstücken der O.H.G.

Diese Art der Regelung, daß sich der Anfall ipso jure vollziehen solle, wurde erst im 2. Entwurf des B.G.B. angenommen in Über-

einstimmung mit dem alten Handelsrecht. Der 1. Entwurf wollte dem Ausscheidenden die Verpflichtung auferlegen, seinen Anteil an den gemeinschaftlichen Gegenständen den übrigen Gesellschaftern zu übertragen. (Vergl. 1. Entwurf zum B.G.B. § 658 Abs. 4; Prot. II, S. 445 ff.)

In der 2. Kommission wurde dem gegenüber von der Mehrheit betont, daß die gesetzliche Akkreszenz eine notwendige Folge der Konstruktionen der O.H.G. als Gesellschaft zur gesamten Hand sei, und daß es notwendig sei, daß die übrigbleibenden Mitglieder über das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftszwecken entsprechend verfügen können, ohne durch ein etwaiges Einspruchsrecht des Ausgeschiedenen behindert zu werden, Prot. S. 446. Die Minderheit meinte, daß der Vorschlag, den Anteil des ausscheidenden Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern anwachsen zu lassen, im geltenden Recht keine Stütze fände. Das römische und gemeine Recht lassen zwar Akkreszenz eintreten, wenn der Miteigentümer erkläre, seinen Anteil derelinquieren zu wollen; in dem bloßen Ausscheiden eines Gesellschafters sei indessen eine Dereliktionserklärung nicht enthalten. (Prot. zu dem 2. Entwurf eines B.G.B. S. 445 ff.) Die Akkreszenztheorie würde aber — und dies war das Hauptargument — zu einer Verwirrung der Grundbuchverhältnisse führen. Die den Gesellschaftszwecken dienenden Grundstücke seien auf die Namen der einzelnen Gesellschafter gebucht; mit dem Ausscheiden eines Mitglieds würde sich mithin eine materielle Unrichtigkeit des Grundbuchs ergeben. Wenn das Grundstück im Miteigentum der Gesellschaft steht und nur im Interesse der Gemeinschaft eine Gebundenheit der einzelnen Anteile eintreten solle, so sei auch eine sachenrechtliche Handlung erforderlich, um den Anteil des ausscheidenden Gesellschafters auf die verbleibenden Mitglieder zu übertragen. Wollte man umgekehrt diese Übertragung kraft Gesetzes eintreten lassen, so müsse man weiterhin auch die von der Kommission abgelehnte Konsequenz ziehen und den Erwerb von Grundeigentum auf den Namen der Gesellschaftsfirma zulassen.

Von der Mehrheit wurde aber ausgeführt, die von der Minderheit gegen den ipso jure Anfall vorgebrachten Argumente seien nicht stichhaltig. Auch bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft finde nach § 1397 Abs. 2 B.G.B. unter gewissen Voraussetzungen eine Akkreszenz zu Gunsten der übrigen anteilsberechtigten Abkömmlinge statt. Wenn fernerhin die Minderheit die Möglichkeit verneine, den Anteil des ausscheidenden Gesellschafters ohne einen besonderen sachenrechtlichen Übertragungsakt auf die verbleibenden Mitglieder zu übertragen, so sei dem entgegenzuhalten, daß auch bei der ehelichen Gütergemeinschaft die Vereinigung des Vermögens der Eheleute kraft Gesetzes eintrete, ohne daß es einer Übertragung bedürfe. Dies gelte auch hinsichtlich der den Ehegatten gehörenden Grundstücke, auch hier bestehe die Möglichkeit, daß der Inhalt des Grundbuchs

mit der materiellen Rechtslage nicht übereinstimme. Aus dieser Abweichung zwischen Grundbuchinhalt und materieller Rechtslage seien bei der Gesellschaft ebensowenig wie bei der Gemeinschaft der Eheleute Unzulänglichkeiten zu besorgen. Die Eintragung der einzelnen Gesellschafter als Eigentümer erfolge unter Hinweis auf das unter ihnen bestehende Gesellschaftsverhältnis; eine Gefahr, daß etwa der ausgeschiedene Gesellschafter kraft seiner Eintragung zum Nachteile der Gesellschaft über seinen Anteil verfüge, könne nicht anerkannt werden, da nach der materiellen Gestaltung, die das Gesellschaftsverhältnis durch die gefaßten Beschlüsse habe, eine solche Verfügung ausgeschlossen sei.

Dieser Argumentation schloß sich die Kommission an und entschied sich für die Akkreszenztheorie, der Zustand des alten Handelsrechts wurde in § 738 Abs. 1 B.G.B. wieder hergestellt. Wir haben schon früher eine Reichsgerichtsentscheidung zitiert, enthalten in der Zeitschrift für das Notariat der Preußischen Rheinprovinz, nach der als logische Folge dieses Akkreszenzprinzips die Auflassung eines Grundstücks beim Ausscheiden eines Gesellschafters nicht erforderlich ist. Wir sehen also, daß der Anteil des Ausscheidenden den übrigen Gesellschaftern kraft Gesetzes zuwächst, seine Rechte als Gesellschafter erlöschen, an deren Stelle treten aber Forderungsrechte, die sich gegen die fortgesetzte Gesellschaft richten. „Neben dem Gesellschaftsvermögen haften ihm für den Auseinandersetzungsanspruch die in der Gesellschaft verbliebenen Gesellschafter als Gesamtschuldner." (Siehe Denkschrift S. 101.) Er muß also nicht zunächst die Gesellschafter verklagen, sondern er kann sich sogleich an jeden einzelnen Gesellschafter halten. Am besten ist es, er verklagt Firma und sämtliche Gesellschafter als Streitgenossen, so bekommt er einen vollstreckbaren Titel gegen Alle. § 129 Abs. 4 H.G.B.

§ 20. Das Recht des Ausgeschiedenen auf Zurückgabe der der O.H.G. zur Benutzung überlassenen Gegenstände.

Die zurückgebliebenen Gesellschafter sind verpflichtet, dem Ausscheidenden Gegenstände, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, nach Maßgabe des § 732 zurückzugeben. § 738 Satz 2 Abs. 1. § 732 lautet: „Gegenstände, die ein Gesellschafter zur Benutzung überlassen hat, sind ihm zurückzugeben. Für einen durch Zufall in Abgang gekommenen oder verschlechterten Gegenstand kann er nicht Ersatz verlangen." Hier handelt es sich um die Gegenstände, bei denen mit der Einbringung nicht das Eigentum an die O.H.G. übergegangen ist, sondern die der Gesellschaft nur zur Benutzung überlassen sind. Diese Gegenstände sind in natura zurückzugeben oder müssen ersetzt werden. Ist der Gegenstand durch Zufall untergegangen oder abhanden gekommen, oder verschlechtert, kann nicht Ersatz verlangt werden; casum sentit dominus. Für die

Beiträge, die in Diensten bestehen, kann er ebenfalls keinen Ersatz beanspruchen. § 738, 733 Abs. 2 B.G.B.

Ist der Abgang oder die Verschlechterung bei der Benutzung für die Zwecke der Gesellschaft durch schuldhafte Verletzung der Vertragspflichten seitens der geschäftsführenden Gesellschafter erfolgt, so haften diese persönlich allen Gesellschaftern für den Schaden, welchen die Gesellschaft durch die vollständige oder teilweise Entziehung der Benutzung des betreffenden Gegenstandes erlitten hat und dem Gesellschafter, der den Gegenstand eingebracht hat für den Schaden, welcher diesem durch den Abgang oder die Verschlechterung der Substanz entstanden ist.

Der ersterwähnte Anspruch gehört zum Gesellschaftsvermögen, der letztgedachte steht dem betreffenden Gesellschafter zu. Dem letzteren gegenüber haftet indessen nicht allein der geschäftsführende Gesellschafter. Durch die Annahme der betreffenden Gegenstände zur Nutzung sind alle Gesellschafter verpflichtet, für die ordnungsgemäße Erhaltung der Gegenstände bis zu deren Rückgabe zu sorgen. Sie haften für die Erfüllung dieser Verpflichtung als Gesamtschuldner nach § 427 B.G.B.

Bedienen sie sich zur Erfüllung dieser Verpflichtung eines geschäftsführenden Gesellschafters, so haften sie nach § 278 B.G.B. für dessen Verschulden. Das gleiche gilt, wenn sie einen anderen als einen Gesellschafter mit der Geschäftsführung betraut haben. Ist eine Übertragung der Geschäftsführung an einen Anderen nicht erfolgt, so haften auch dann zwar alle Gesellschafter als Gesamtschuldner, aber ein Verschulden in der Erfüllung der ihnen obliegenden Verpflichtung wirkt nach § 425 B.G.B. nur gegen denjenigen Gesellschafter, in dessen Person es eingetreten ist. (Siehe Knoke 117 ff.) Verpflichtet ist nicht das Gesellschaftsvermögen in diesem Falle, sondern nur der Gesellschafter, der das Verschulden zu vertreten hat. (Siehe Planck zu § 732.)

Nach dem Gesellschaftsvertrag kann entgegen § 732 B.G.B. die Gesellschaft auch für casu untergegangene oder verschlechterte zum Gebrauch überlassene Gegenstände haften, wie auch der Gesellschaftsvertrag für die Zeit der Herausgabe besonderes bestimmen kann, regulär kann die Einlage nach § 738 Abs. 1 Satz 2 von dem Ausscheiden, d. h. zugleich beim Ausscheiden verlangt werden. (Motive zum B.G.B. II, S. 629.)

Hatte z. B. ein Gesellschafter als Teil seiner Einlage der Gesellschaft auf 10 Jahre ein Grundstück überlassen, und scheidet er 5 Jahre vor Ablauf dieses Zeitraums aus der Gesellschaft aus, so ist ihm der Gebrauchswert für die verflossene Zeit, soweit noch nicht geschehen, auszuzahlen, für die übrigen 5 Jahre hat er das Grundstück der Gesellschaft weiter zu überlassen. Dies ist ein wesentlicher Unterschied vom Liquidationsverfahren, bei dem infolge Auflösung der Gesell-

schaft auch der Nießbrauch an dem eingebrachten Objekt aufhört und diese dem Inhaber nach beendeter Liquidation zurückzugeben sind.

Möglich ist auch, daß die Überlassung zum Gebrauch nur für den Fall des Verbleibs des Inferenten in der Gesellschaft getroffen ist. (Siehe Lehmann-Ring § 339, Nr. 3 a.) Haben die verbleibenden Gesellschafter eine Forderung gegen den Ausscheidenden, so haben sie ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 B.G.B. (Planck zu § 739.)

Nur die quoad usum überlassenen Gegenstände sind dem Einbringer in Natur zurückzugeben, während die quoad sortem eingebrachten gemeinschaftlich bleiben und zur Schuldentilgung, evtl. Verteilung verfügbar gehalten werden sollen, so daß der Einleger sie nicht einmal in Anrechnung auf seine Einlage zurückzunehmen berechtigt oder verpflichtet ist. (Motive S. 629, Oertmann § 732.)

Die Abgrenzung beider Klassen kann zweifelhaft sein, wenn der Gesellschaft zwar nicht die ganze Sache, aber ein Recht daran überwiesen ist. Oertmann unterscheidet hier § 732 zwischen übertragbaren und nicht übertragbaren Rechten, handelt es sich um nicht übertragbare wie Nießbrauch und mietartige Benutzungsrechte, so sind die Sachen nur quoad usum gemeinsam, anders bei Erbbaurechten oder Grundgerechtigkeiten, hier ist anzunehmen, daß die Gesellschaft übertragbare Rechte erworben hat, die nicht ohne weiteres dem Besteller zurückzugewähren sind.

Etwas anderer Meinung ist Planck § 733 Abs. 4. Die Bestellung eines dinglichen Rechtes kann nach ihm nicht als die Überlassung der Benutzung eines Gegenstandes betrachtet werden. Das Gesetz versteht unter Einlagen dieser Art nur solche, bei denen den Gesellschaftern nur ein obligatorischer Anspruch auf die Benutzung eingeräumt ist. Bei der Bestellung eines dinglichen Rechts der gedachten Art wird zunächst zu prüfen sein, ob ausdrücklich vereinbart oder als stillschweigend vereinbart anzusehen ist, daß das Recht ein in der Art befristetes sein soll, daß es mit der Auflösung der Gesellschaft, resp. Ausscheiden des Gesellschafters, der es eingebracht hat, oder mit Rückgabe des Gegenstandes, der mit dem Rechte belastet ist, ipso iure endigen soll, oder ob sich die Gesellschafter obligatorisch verpflichtet haben, das Recht in dem gedachten Zeitpunkt wieder aufzuheben.

Liegt eine solche Vereinbarung vor, so tritt in dem gedachten Zeitpunkt die Endigung des Rechtes oder die Verpflichtung der Gesellschafter zur Aufhebung ein. Diese Verpflichtung ist eine Gesellschaftsschuld. Liegt eine Vereinbarung dieser Art nicht vor, so tritt § 733 Abs. 2 in Kraft, nachdem der Wert, den das bestellte Recht zur Zeit der Bestellung hatte, zurückzuerstatten ist. (Siehe Planck § 733 Abs. 4.) Der § 738 begründet für den Ausscheidenden ein obligatorisches Recht (vergl. Oertmann § 738, 1 a).

§ 21. Das Recht des Ausgeschiedenen auf Befreiung von den gemeinschaftlichen Schulden.

Nach § 738 Abs. 1 Satz 2 sind die übrigen Gesellschafter verpflichtet, den Ausscheidenden von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien. Der ausscheidende Gesellschafter hat somit einen besonderen Anspruch gegen die übrigen Gesellschafter auf Bewirkung seiner Befreiung von solchen Verbindlichkeiten. Die Befreiung kann entweder dadurch, daß die betreffende Verbindlichkeit bezahlt wird, oder durch Schuldübernahme nach § 414 ff. erfolgen.

Ein aus der O.H.G. ausscheidender Gesellschafter scheidet nicht aus der Haftung für die Gesellschaftsschulden aus, soweit sie bereits vor seinem Ausscheiden begründet waren. Auch der ausgeschiedene Gesellschafter haftet weiter mit den übrigen Gesellschaftern dem Gläubiger persönlich als Gesamtschuldner (vergl. § 128 Satz 1, H.G.B.). Wenn man nun bedenkt, daß dem Ausscheidenden die Gesellschaftsschulden schon bei der Berechnung seines Kapitalanteils zur Last gelegt werden, so würde sich eine Benachteiligung des ausscheidenden Gesellschafters und eine Begünstigung der verbleibenden Gesellschafter ergeben, wenn die Haftung des ausscheidenden Gesellschafters aufrecht erhalten bleiben müßte. Deshalb hat das Gesetz dem Ausscheidenden den Anspruch gegeben, daß er von den gemeinschaftlichen Schulden befreit werde; also nicht nur, daß er nicht in Anspruch genommen werde, sondern eine ausdrückliche Befreiung von den Schulden. § 738 Abs. 1 B.G.B.

Die Gesellschaft ist daher nicht verpflichtet, die Schulden zu bezahlen, muß aber entweder dem Ausscheidenden den Verzicht des Gläubigers auf die Forderung gegen ihn verschaffen, oder es können ihm die verbleibenden Gesellschafter statt der Befreiung Sicherheit bestellen, daß er nicht in Anspruch genommen werde. Der Gesellschaftsvertrag wird häufig den verbleibenden Gesellschaftern in diesem Punkte Erleichterungen verschaffen.

Die Verpflichtung zur Befreiung und etwaigen Sicherheitsleistungen besteht auch dann, wenn der ausscheidende Gesellschafter ein Passivsaldo zu verzeichnen hat, er hat zwar diesen zu zahlen, aber die übrigen Gesellschafter werden deshalb von der Verpflichtung, ihn von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien, oder ihn sicher zu stellen, nicht frei. (Siehe Staub Anm. 11 zu § 141, ebenso Staudinger Anm. II, 3 c. zu § 738.)

Haben die Gesellschafter ihrer Verpflichtung nicht genügt und ist der Ausscheidende auf Grund seiner Gesamthaftung in die Lage gekommen, einen Gläubiger zu bezahlen, so kann er Rückgriff gegen die Gesellschaft und die Gesellschafter nehmen. (R.G. 11, 130.) Hat der ausscheidende Gesellschafter ein Passivsaldo, so können Rückgriffsanspruch und Anspruch gegen den ausscheidenden Gesellschafter gegeneinander aufgerechnet werden.

Geraten die verbleibenden Gesellschafter nach dem Ausscheiden des Einen in Konkurs, so ist der Rückgriffsanspruch des letzteren dadurch schlecht gestellt, daß er im Konkurs neben dem Anspruch des Gläubigers nicht angemeldet werden kann und nach Abschluß eines Zwangsvergleichs insoweit beseitigt ist, als der Gläubiger in Gemäßheit des Zwangsvergleichs befriedigt ist; wegen des Ausfalls, den der ausscheidende Gesellschafter wegen seiner Gesamthaftung über die Zwangsvergleichsrate hinaus an den Gläubiger zahlt, besteht kein Rückgriff für ihn. (R.G. 14, 178.)

Andererseits ermäßigt der Zwangsvergleich, den die verbleibenden Gesellschafter schließen, die Verpflichtungen des Ausgeschiedenen nicht. (R.G. 29, 39.)

Im Gegensatz zu vielen Schriftstellern (Planck § 738, Knoke S. 129, Staub 12. und 13. Aufl., ebenso 8. Aufl. Exk. zu § 141 Anm. 10, Dernburg II, S. 552, S. 362, II, 2 Goldmann S. 610, Ziffer 17), ist das R.G. der Meinung, daß sich die Pflicht zur Befreiung von den bestehenden Verbindlichkeiten regelmäßig nicht auf streitige Schulden erstreckt. (R.G. Band 60, 36; ebenso Staudinger.) Das Reichsgericht begründet dies damit, daß die Notwendigkeit für Schulden, mit deren alsbaldiger Berichtigung die Gesellschafter nicht gerechnet haben, weil sie dieselben aus gutem Grund bestreiten können, Sicherheit zu leisten und dem Gesellschaftszweck bedeutende Mittel entziehen zu müssen, im einzelnen Falle zu großen Härten und Unbilligkeiten führen könne. Dasselbe gilt auch bezüglich bedingter Forderungen (Knoke S. 129).

Eine interessante Frage bildet die Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters der O.H.G. von Verbindlichkeiten aus schwebenden Lieferungsverträgen. Nach § 740, 1 B.G.B. „nimmt der Ausgeschiedene am Gewinn und Verlust teil, welcher sich aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften ergibt. Die übrigen Gesellschafter sind berechtigt, diese Geschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint". Es ist nun zweifelhaft, ob der Befreiungsanspruch nach § 738 B.G.B. auch auf die zur Zeit seines Ausscheidens bereits begründeten Verbindlichkeiten aus schwebenden Geschäften zu erstrecken ist. Nach R.G. 56, 10 bildet der zur Zeit des Austritts abgeschlossene, aber noch nicht völlig erfüllte Lieferungsvertrag auch ein schwebendes Geschäft im Sinne des § 740 B.G.B.

Für die Erstreckung des Befreiungsanspruchs auf die zur Zeit des Ausscheidens bereits erwachsenen Verbindlichkeiten ließe sich anführen, daß § 738 B.G.B. einen derartigen Anspruch ganz allgemein hinsichtlich aller gemeinschaftlichen Schulden, auch der noch nicht fälligen, gibt. Dagegen spricht, daß § 740 die Nichtberücksichtigung der schwebenden Geschäfte bei der Auseinandersetzung vorschreibt und die Beteiligung des Ausgeschiedenen an solchen Geschäften einer besonderen Regelung unterwirft. Seine Befugnisse werden in Absatz

2 § 740 auf die dort genauer genannten Ansprüche (auf Rechenschaftslegung am Ende des Geschäftsjahres, Auszahlung des ihm gebührenden Betrages und Auskunft über den Geschäftsstand) beschränkt. Der Befreiungsanspruch ist nicht erwähnt. Aus der Nichterwähnung muß man auf seine Nichtanerkennung schließen. Denn ihm stehen ähnliche Bedenken entgegen wie dem Befreiungsanspruch hinsichtlich einer streitigen oder bedingten Schuldverbindlichkeit. (R.G. 60, S. 155, Lehmann in Z.H.R. Band 79, 58.)

Über die Frage, inwieweit in positiven Handlungen, z. B. Stundungen oder Stillschweigen des Gläubigers beim Ausscheiden eines Gesellschafters ein Verzicht auf Ansprüche gegen diesen zu finden ist, schrieb der bereits zitierte Heinrich Lehmann, eine sehr interessante Abhandlung in Z.H.R. Band 79, 58. Er lehnt es ebenso wie R.G. 31, 45 und 65, 26 ab, in dem Stillschweigen des Gläubigers auf die Anzeige vom Ausscheiden eines Gesellschafters und von der Übernahme des Geschäfts durch die verbleibenden Gesellschafter eine Haftentlassung zu finden.

Er teilt die einzelnen Enthaftungsgründe folgendermaßen ein:

a) Haftentlassung durch Rechtshandlungen gegenüber einem etwaigen Geschäftsübernehmer,

b) Haftentlassung durch Rechtshandlungen gegenüber der etwa fortbestehenden Gesellschaft,

c) Haftentlassung durch Rechtshandlungen gegenüber dem Ausgeschiedenen selber.

Lehmann untersucht dann anschließend, ob die fragliche Rechtshandlung gegenüber der fortbestehenden Gesellschaft oder gegenüber dem Übernehmer auch zugunsten der Ausgeschiedenen zu wirken vermag, sei es auf Grund gesetzlich angeordneter oder gewillkürter Fernwirkung. Er kommt zu dem Ergebnis, daß abgesehen von seltenen Ausnahmefällen die Verzichtsannahme völlig willkürlich ist. Die Enthaftung ist nur nach den Grundsätzen des „gegensätzlichen Verhaltens" herbeizuführen. Schon im römischen Recht lebte der Rechtsgedanke, daß man sich nicht mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen dürfe, siehe Riezler: „Venire contra factum proprium"; im englischen Recht war es die Einrichtung des „estoppel". Niemand darf eine Befugnis in Widerspruch mit seinem früheren Verhalten geltend machen,

1. wenn dieses Verhalten nur bei gleichzeitigem Verzicht auf die Befugnis mit dem Gesetz oder den guten Sitten oder Treu und Glauben in Einklang zu bringen war;
2. wenn die nachträgliche Geltendmachung der Befugnis gegen das Gesetz oder die guten Sitten oder Treu und Glauben verstößt.

An Hand dieser auch von Riezler aufgestellten Sätze findet dann Lehmann folgende Formel zur Lösung des Interessenkonfliktes: „Der

Lieferant, der nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters an die fortbestehende Gesellschaft oder den Übernehmer des Geschäftes mit Werten und Schulden einen schwebenden Lieferungsvertrag erfüllt, und dabei ungewöhnliche Zahlungsfristen ohne Zuziehung des Ausgeschiedenen bewilligt, verwirkt grundsätzlich nach Treu und Glauben das Recht, die Haftung des Ausgeschiedenen geltend zu machen, es sei denn, daß er, der Lieferant, durch die Kreditierung dessen Lage gar nicht verschlechtert hat, daß dessen Haftung also bei sofortigem Vorgehen erst recht praktisch geworden wäre."

Ferner kann die Enthaftung durch Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist nach § 159 H.G.B. eintreten. Mit dem Ablauf dieser Frist ist der Anspruch des Gläubigers verjährt, soferne nicht der Anspruch gegen die Gesellschaft einer kürzeren Verjährung unterliegt (§ 159 Abs. 1 H.G.B.). Nach § 196 Abs. 2 B.G.B. verjähren die Forderungen für gelieferte Waren bei den schwebenden Lieferungsverträgen in spätestens vier Jahren, also gilt in unserem Falle dem Ausgeschiedenen gegenüber die vierjährige Verjährungsfrist.

Ich möchte noch auf das in der L.Z. 1925, Nr. 7, 19. Jahrgang, enthaltene interessante Urteil des hanseatischen O.L.G. Lübeck, vom 7. November 1924, hinweisen. Hier wird entschieden: „Ein ausgeschiedener offener Gesellschafter haftet für die während seiner Teilhaberschaft geschlossenen Geschäfte, auch wenn sie erst nach seinem Ausscheiden erfüllt werden. Ob Abweichungen von dem Vertrage bei der Erfüllung, z. B. Kreditierungen, die Befreiung des Ausgeschiedenen zur Folge haben, richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falles."

In dem betreffenden Falle wollte der Beklagte das Erlöschen seiner Haftung daraus herleiten, daß der klägerischen Firma sein Ausscheiden aus der Firma vor Lieferung der Waren mitgeteilt und sodann, ohne ihn zu benachrichtigen, trotz der vereinbarten Zahlungsbedingungen statt Barzahlung ein eigener Scheck der Firma K. gegeben worden sei. Das kann ihn aber noch nicht von der Haftung befreien. Die Mitteilung von dem Ausscheiden eines Gesellschafters an die Gläubiger ist für die Haftung bedeutungslos. Ebensowenig befreit den Beklagten aber die Hingabe eines Schecks statt der vereinbarten Barzahlung. Darin mag eine nachträgliche Kreditierung liegen, eine solche Stundung des Kaufpreises berührt aber die Haftung des Beklagten nach § 422 ff. B.G.B. nicht. Eine stillschweigende Entlassung des Beklagten aus seiner Haftung ist in diesem Abkommen nach den ganzen Umständen des Falles nicht zu erblicken. Der Kaufpreis war in ausländischer Währung zu zahlen, es lag daher nahe, einen Scheck, wenn auch vielleicht auch keinen eigenen, zu geben, und wenn sich die Klägerin der Einfachheit halber auf einen eigenen Scheck der Firma K. eingelassen hat, so dachte sie dabei doch sicherlich nicht daran, daß sich dadurch an der Haftung des Beklagten, die zu dieser Zeit gar nicht in Betracht kam, etwas ändern sollte. Dem Beklagten

ist gewiß darin beizustimmen, daß sich seine Lage verschlechtert hat, indem statt baren Geldes ein Scheck, dessen Eingang unsicher war, gegeben worden ist. Das allein kann ihn aber nicht befreien. Es mag Fälle geben, in denen ein schwebendes Geschäft auf Grund nachträglich getroffener Vereinbarung so anders abgewickelt wird, daß ein Verzicht auf die Haftung des Ausgeschiedenen anzunehmen ist, oder dessen Inanspruchnahme Treu und Glauben widersprechen würde. Ob dies der Fall ist, läßt sich aber immer nur nach den Umständen des einzelnen Falles beurteilen und die hier gegebene Sachlage rechtfertigt einen solchen Schluß nicht."

Wie das angeführte Urteil, so lehnt es auch Lehmann ab, in der Kreditierung einen Freilassungsvertrag an den Übernehmer zugunsten des Ausgeschiedenen zu sehen. Dem Gläubiger, der einem Gesamtschuldner entgegenkommt, ohne ihm die Schuld zu erlassen, wird regelmäßig der Gedanke völlig ferne liegen, sich dadurch auch in seinen Rechten gegenüber dem anderen Gesamtschuldner zu beschränken, geschweige denn die Ansprüche gegen die Anderen völlig aufzugeben. Unentgeltliche Verzichte sind nicht zu unterstellen. Bei ihrer Annahme ist höchste Vorsicht geboten. (So auch R.G.E. in J.W. 1913, S. 325.) Lehmann hält den Verzichtsgedanken für einen der häufigen untauglichen Versuche, eine als notwendig empfundene Wirkung (Wegfall der Haftung), über deren wahre Rechtsgründe man sich nicht klar geworden ist, mit der Fiktion des Verzichts zu rechtfertigen. In Wahrheit liegt hier das Problem des gegensätzlichen Verhaltens vor. Es fragt sich, inwieweit der kreditierende Gläubiger durch die Kreditierung nach Treu und Glauben das Recht verwirkt, den Ausgeschiedenen in Anspruch zu nehmen.

Im Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen, 13. Jahrgang, Nr. 20, findet sich eine sehr interessante Abhandlung, die einen Spezialfall unseres Problems behandelt, nämlich den „Umfang der Haftung eines aus einer O.H.G. oder Kommanditgesellschaft ausgeschiedenen Gesellschafters für den von der Gesellschaft in Anspruch genommenen Bankkredit" von Freiherrn von Godin, Berlin. Von Godin untersucht hier den Umfang der Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für in Anspruch genommenen Konto-, Trassierungs- und Diskontkredit. Ich möchte hier nicht weiter auf die von Godin dargestellten Wirkungen des Ausscheidens bei diesem Spezialfalle eingehen, aber doch nicht versäumen, auf diese für Bankinstitute nützliche Darstellung hinzuweisen.

Schließlich möchte ich noch zu der Frage Stellung nehmen, ob der aus einer O.H.G. ausscheidende Gesellschafter von der Industriebelastung dieses Unternehmens befreit wird. Ich möchte hier auf die Ausführungen von Zwirlein in Nr. 9 der Juristischen Rundschau hinweisen. Auf Grund des Industrie-Belastungsgesetzes, welches die Haftung nach außen der Entente gegenüber regelt, werden die Unternehmer (natürliche und juristische Personen) der industriellen und

gewerblichen Betriebe belastet, soferne sie an dem für die Veranlagung zur Vermögenssteuer allgemein maßgebenden Stichtage vermögenssteuerpflichtig waren. Das gleiche gilt für die Unternehmer, die nach dem allgemeinen Stichtage, aber vor der Umlegung, vermögenssteuerpflichtig geworden sind, soweit das Vermögen nicht bei einem anderen herangezogen worden ist. Der Begriff des Unternehmens bestimmt sich nach den Grundsätzen des Vermögenssteuergesetzes (§ 1 Ind.Bel.Ges. vom 30. 8. 1924).

Diese Außenschuld verkörpert sich in den Einzelobligationen (veräußerlichen und unveräußerlichen), die jeder von der Außenlast betroffene Unternehmer auszustellen hat (§ 1 und 9 Ind.Bel.Ges.). Zur Sicherung der Außenschuld dient die öffentliche Last auf den Betriebsgrundstücken. § 1, 41 Ind.Bel.Ges. ergänzt durch ein Konkursvorrecht § 1, 47 und 48 Ind.Bel.Ges. Die so nach außen belasteten Unternehmer sind zugleich auch Innenschuldner für die innere Aufbringung der auf die lasten- und aufbringungspflichtigen Unternehmer steuerartig umgelegten Jahresleistungen aus der Industriebelastung. Der Kreis dieser Innenschuldner ist jedoch infolge der Heranziehung weiterer Wirtschaftskreise, insbesondere von Banken und Handel, ferner durch die niedrige Freigrenze des steuerbaren Betriebvermögens von 20 000 RM. gegenüber 50 000 RM. bei der Außenschuld (§ 1 bis 3 I.A.G., § 4 Ind.Bel.Ges.) weiter als der der Außenschuldner, so daß die Belastungsquote des einzelnen Unternehmers aus der Außenschuld größer ist, als die aus der Innenschuld, welche sich auf breiteren Schultern verteilt. Für die Innenschuld werden keine Obligationen ausgestellt, sie ist rein steuerartig gestaltet. Für ihre Sicherung besteht nur das Konkursvorrecht, nicht die öffentliche Last. (§ 4, 6 ffff., 11 I.A.G.)

Die O.H.G. ist weder eine natürliche noch eine juristische Person, Subjekt der Rechte der O.H.G, insbesondere Eigentümer des Gesellschaftsvermögens, sind die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit. Die O.H.G. ist also nicht Unternehmerin im Sinne des Industrie-Belastungsgesetzes und des Industrie-Aufbringungsgesetzes. Unternehmer sind vielmehr die einzelnen Gesellschafter. Jeder einzelne Gesellschafter wird nach seinem Anteil am Betriebsvermögen der O.H.G. einzeln belastet, sowohl nach außen wie auch nach innen. § 49 Abs. 1 Ind.Bel.Ges. bestimmt nun: „Geht das Betriebsvermögen eines belasteten Unternehmers im Ganzen oder zu einem Bruchteil auf einen Anderen über, oder werden die zum Betriebsvermögen gehörenden Gegenstände zum Zwecke der Veräußerung des Unternehmers übertragen, so haftet der Erwerber für die Verpflichtungen aus Rückständen, aus laufenden Jahresleistungen und für diejenigen Beträge, welche bis zum Ende des Kalenderjahres, in welchem die Neuumlegung erfolgt, fällig werden, an Stelle des Veräußerers." Diese Umlegung findet nach Maßgabe der Veranlagung zur späteren Vermögenssteuer statt (§ 6 Ind.Bel.Ges.). Die gleiche Regelung für

die Innenschuld trifft § 12 Ind.Aufbr.Ges., der § 49 Ind.Bel.Ges. für entsprechend anwendbar erklärt mit dem Abmaße, daß bei einem Übergang zu einem Bruchteil Veräußerer und Erwerber als Gesamtschuldner haften und das Finanzamt auf Antrag die Leistungen verhältnismäßig zu verteilen hat.

Wenn nun ein Gesellschafter ausscheidet, so wächst sein Anteil am Betriebsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu. (§ 738 B.G.B.) Gemäß § 49 Abs. 1 Ind.Bel.Ges. haften sie nunmehr entsprechend ihren bisherigen Anteilen am Gesellschaftsvermögen für die aus der Belastung sich ergebenden Verpflichtungen des ausscheidenden Gesellschafters, während dieser von jeglicher Haftung befreit wird. § 12 Satz 2 Ind.Aufbr.Ges. findet keine Anwendung, da nicht ein Übergang zu einem Bruchteil stattfindet, sondern der ganze Anteil am Gesellschaftsvermögen, der das Betriebsvermögen des ausscheidenden Gesellschafters darstellt, auf die übrigen Gesellschafter übergeht.

Wir haben also jetzt den Befreiungsanspruch des Ausscheidenden nach § 738 B.G.B. nach den verschiedensten Richtungen hin betrachtet. Wird ungeachtet seines Befreiungs- oder Sicherungsanspruchs der Ausscheidende auf Grund seiner dem Dritten gegenüber fortbestehenden Haftung in Anspruch genommen, so kann er in Höhe des ganzen von ihm bezahlten Betrags gegen die fortgesetzte Gesellschaft sowohl, als auch gegen die dafür solidarisch haftenden Gesellschafter Regreß nehmen. Diese Haftung besteht selbst dann, wenn der Ausscheidende in Gemeinschaft mit den verbleibenden Gesellschaftern ein constitutum debiti den Gläubigern gegenüber eingegangen war. (R.G. XI Nr. 24 S. 130.)

Für den Fall eines späteren Konkurses der verbleibenden Gesellschafter kann der Regreßanspruch des Ausgeschiedenen nicht neben der Forderung des Gläubigers angemeldet werden. Denn nach R.G. 14 S. 175 steht die Regreßforderung des Mitverpflichteten zu der Forderung des Gläubigers in dem Verhältnisse, daß sie immer nur wirksam wird, soweit diese erlischt. Der Hauptschuldner hat entweder an den Gläubiger, oder an den regreßberechtigten Mitverpflichteten zu zahlen: er kann nie in die Lage kommen, für die nämliche Forderung zugleich Beiden Zahlung leisten zu müssen. Die Schuld ist daher für ihn eine einheitliche, möge die Regreßforderung auf einem selbständigen Rechtsgrunde beruhen oder nicht. Der Umstand, daß gegen den Hauptschuldner der Konkurs eröffnet ist, kann dieses Verhältnis nicht wesentlich umgestalten; er kann nicht bewirken, daß der Konkursmasse gegenüber eine Forderung sich vervielfältigt, daß die Schuld, die vorher eine einheitliche war, nun eine mehrfache werde und die Verpflichtungen der Konkursmasse sich infolgedessen erhöhen. Die rechtliche Folge des Konkurses besteht darin, daß die Ansprüche der Konkursgläubiger sich gemäß der Konkursdividende herabmindern. Ist daher einer Konkursforderung die

volle konkursmäßige Befriedigung gewährt, so ist für sie diese Forderung getilgt und es kann aus Anlaß derselben weder direkt noch indirekt ein Anspruch weiter erhoben werden. Diese konkursmäßige Tilgung der Forderung muß für die Konkursmasse ebenso die Tilgung des Regreßanspruchs bewirken, wie eine vollständige Zahlung außerhalb des Konkurses, mag auch dem Gemeinschuldner gegenüber jener Anspruch fortbestehen. (§ 164 Abs. 1 Konk. O.) Obgleich der Regreßberechtigte ohne Zweifel Konkursgläubiger ist, so kommt doch, solange der Hauptgläubiger die Forderung geltend macht, und solange der nicht voll befriedigt ist, sein Konkursanspruch nicht neben dem Konkursanspruch des Hauptgläubigers in Wirksamkeit, weil er eben mit diesem und durch diesen seine Befriedigung erhält. (R.G. 14, S. 175.) Ich führe das schon eingangs kurz gestreifte hier ausführlich zitierte Urteil und die zwei folgenden Urteile des Zusammenhangs halber hier nochmals an.

Der Regreßanspruch wird durch Abschluß eines Zwangsvergleichs insoweit beseitigt, als der Gläubiger dadurch befriedigt wird. Wegen des Ausfalles, den der Ausgeschiedene über die Akkordquote hinaus an den Gläubiger zahlt, hat er keinen Regreßanspruch. (R.G. 14, Nr. 39, S. 178.)

Anderseits hat der von den verbliebenen Gesellschaftern geschlossene Zwangsvergleich keinen Einfluß auf die Haftung des Ausgeschiedenen, der weiterhin bis zur vollen Höhe haftet. (R.G. 29 Nr. 11 S. 39, R.G. Bd. 56 Nr. 88 S. 266.) Sind gemeinschaftliche Schulden noch nicht fällig so haben die verbleibenden Gesellschafter auf Verlangen des Ausscheidenden ihm Sicherheit zu leisten.

§ 22. Das Recht des Ausgeschiedenen auf Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens.

Das wichtigste Recht des ausgeschiedenen Gesellschafters ist das Recht auf Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens. Die übrigen Gesellschafter haben ihm dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die O.H.G. zur Zeit seines Austrittes aufgelöst wäre. Wenn also auch der Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern im Moment des Ausscheidens zufiel, so hat er doch wieder Bedeutung für den Ausscheidenden insoferne, als nun seine Höhe maßgebend ist für seinen Abfindungsanspruch. Die Gesellschafter sind verpflichtet zu zahlen, d. h. Geld zu leisten, wenn sich der Wert eines Bestandteiles des Gesellschaftsvermögens nicht zahlenmäßig berechnen läßt, so ist er im Wege der Schätzung zu ermitteln. Der Ausscheidende ist berechtigt, dies zu fordern, und verpflichtet, sich dies gefallen zu lassen. Nach altem H.G.B. war nämlich bestritten, ob die Gesellschafter den Ausgeschiedenen auch in Naturalien befriedigen dürften, (siehe Art. 131).

Der Ausgeschiedene hat aber auch kein Recht, die Herausgabe oder den Verkauf gemeinschaftlicher Gegenstände zu verlangen.

Die Grundlage, die der Berechnung der Abfindung zugrunde zu legen ist, ist die Vermögenslage zur Zeit des Ausscheidens, im Falle der Ausschließung die Vermögenslage zur Zeit der Erhebung der Klage (§ 140 Abs. 2). Die Feststellung dieser Vermögenslage erfolgt durch alle Gesellschafter (O.L.G. Hamburg in O.L.G.R. 36, 372) in derselben Weise, wie die alljährliche Bilanz zum Zwecke der Gewinnverteilung, nur haben bei der Auseinandersetzung andere Grundsätze zu obwalten, wie bei der Aufstellung der regulären Bilanz. Bei der regulären Bilanz werden Vermögensstücke oft unter ihrem wahren Werte angegeben, es werden stille Reserven gebildet, damit der bilanzmäßige Gewinn sich kleiner darstellt und nicht zu viel Gewinn verteilt werde, sondern möglichst viel dem Geschäft verbleibt und so das Geschäft erstarke.

Diese Gesichtspunkte müssen bei der Auseinandersetzung wegfallen, willkürliche Wertansätze dürfen hier nicht Platz greifen, der Ausscheidende soll an den wahren Werten teilnehmen; deshalb ist bei der Auseinandersetzung der wahre Wert, der sogenannte Wert der lebenden Gesellschaft zugrunde zu legen (R.G. 106, 132, Staudinger Anm. II, 2b zu § 738, Staub Anhang zu § 141, Anm. 5b).

Bestätigt wird diese Auffassung durch den Absatz 2 des § 738 B.G.B., nach dem der wahre Wert das Gesellschaftsvermögens, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln ist. Wenn es nun im § 738 heißt, der Ausscheidende habe das zu fordern, was er erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst wäre, so ist damit nicht der Wert gemeint, der sich bei einer allgemeinen Versilberung der einzelnen Vermögensgegenstände ergibt, sondern der Erlös, der sich bei einer der Sachlage entsprechenden, möglichst vorteilhaften Verwertung des Gesellschaftsvermögens ergeben würde, hier also bei einer Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des ganzen Geschäftes (R.G. 106, 132, Staub Exk. zu § 141, Anm. 5b).

Soll bei einer etwaigen Verwertung des ganzen Geschäfts für den über den Wert der einzelnen Gegenstände hinausgehenden Wert des Geschäfts als solchen eine Vergütung gewährt werden? R.G. 94, 108 und 106, 132 sind dieser Ansicht und es ist der Ansicht des R.G. beizutreten, man wird in den Fällen, in denen sich durch Schätzung § 738 Abs. 2, ein Geschäftswert feststellen läßt, diesen als Posten der Auseinandersetzungsbilanz einsetzen, und zwar erscheint dieser Posten unter der Bezeichnung „Geschäftswert" oder „Kundschaft" (englische Bezeichnung als good will). Über die Methode dieser Schätzung gehen die Meinungen auseinander und ich möchte hier den Ausführungen von A. A. Schubert, Steglitz, folgen (Jur. Wochenschrift 57. Jahrgang, Heft 10, 1928), der das Problem zu lösen versucht. Er

gelangt zu folgenden Schlußfolgerungen: „Voraussetzung für die Errechnung des Geschäftswertes ist, daß Klarheit darüber besteht,

a) welche Kostenwerte (zur Zeit des Ausscheidens resp. bei Ausschließung Klageerhebung) an dem Unternehmen gebunden waren, welche Abschreibungen darauf zur Substanzerhaltung alljährlich nötig sind und welche Nettoreinerträge am Tage der Klageerhebung für die Zukunft als gewährleistet erscheinen;

b) mit welchem Landeszinsfuß gerechnet werden soll,

c) in welche Klasse das Unternehmen, nach dem ihm eigenen Wagnis hinsichtlich der Ertragsdauer und der Höhe der Jahreserträge, gehört. Die rechtliche Form der Unternehmung und die Konjunktur spielen dabei eine wichtige Rolle. Der Richter muß versuchen, sich selbst darüber ein Urteil zu bilden. Nötigenfalls sind die wirtschaftlichen Auswirkungen des Ausschlusses des Gesellschafters (Aufnahme von Fremdkapital, niedrigere Einstufung, veränderte Liquidität), zu berücksichtigen.

d) Dann ist der künftige Geschäftswert, sowie der innere Kurs der Unternehmung, zu errechnen. Da der Geschäftswert im Verhältnis des Kurswertes der Unternehmung zum Leistungswert der Arbeit zu verteilen ist, müssen

e) die Gehälter und Löhne der Angestellten und Arbeiter, sowie die der Arbeit der Gesellschafter angemessenen Löhne ermittelt werden. Um dem Problem der Verteilung des Geschäftswertes und seiner Berechnung noch näher zu kommen, müßte die Frage der richtigen Gewinnberechnung mittels der dynamischen oder der organischen Bilanz gelöst sein und müßten die Gesetze bekannt sein, die das Institut für Konjunkturforschung aufzudecken sich bemüht." Mir erscheinen die Ausführungen dieses Nichtjuristen, der doch immerhin das Problem der Berechnung des Geschäftswertes zu lösen versucht, sehr bemerkenswert.

Die Feststellung der Abfindungssumme ist Sache aller Gesellschafter einschließlich des Ausscheidenden, wenn nicht der Vertrag etwas anderes bestimmt. Das H.G.B. sagt darüber nichts; doch ergibt sich dies aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (R.G. 15, 80). Die Zuziehung eines Sachverständigen kann dem ausscheidenden Gesellschafter dabei regelmäßig nicht verwehrt werden. (R.G. 25, 88; 15, 80.) Läßt sich eine Verständigung über die gemeinsame Erledigung der Arbeiten nicht erzielen, so bleibt, wie das R.G. ausführt, nichts anderes übrig, als auf Verlangen des einen oder anderen Teiles die den Parteien gemeinschaftlich obliegende Arbeit auf Kosten aller bisherigen Gesellschafter durch einen Sachverständigen ausführen zu lassen, dessen Ernennung eventuell nach Analogie des § 146 Abs. 2 durch das Gericht erfolgen müßte (R.G. Band XV S. 82 Nr. 19), und zwar hier im ordentlichen Rechtswege.

Staub Anm. 6 Exkurs zu § 141 ist hier anderer Ansicht, nach ihm hat das Prozeßgericht zu entscheiden, die Ernennung von Sachverständigen durch das Gericht hält er für nicht zulässig. Das Gesetz gestattet nicht, den Registerrichter um Ernennung eines zwischen beiden Teilen stehenden richterlichen Sachverständigen anzugehen (R.G. 13, S. 155 ff. Nr. 37). Daß die Schätzung durch bestimmte Sachverständige erfolgen soll, kann gültig vertragsmäßig bestimmt sein; auch Gesellschafter können dies sein (R.O.H.G. 16, 427; § 315 B.G.B.). Doch besteht in solchen Fällen ein richterliches Nachprüfungsrecht, wie R.O.H.G. 16, Nr. 109 S. 427 ff. Erhebt sich Streit über die Bewertung des Gesellschaftsvermögens, so haben amtliche Sachverständige es abzuschätzen (B.G.B. § 738 Abs. 2). Erben haben ihre Rechte analog § 146 Abs. 1 H.G.B. durch einen gemeinschaftlichen Vertreter wahrnehmen zu lassen.

Der rechtliche Charakter des Abfindungsguthabens ist sehr bestritten. Der Anspruch des Ausgeschiedenen ist ein Passivum der fortgesetzten O.H.G und steht dem Ausgeschiedenen gegen die O.H.G. selbst zu, da er derselben seit seinem Ausscheiden wie ein Dritter gegenüber steht (R.G. 21 S. 95). Es haftet sowohl der Gesellschaftsfonds als auch die verbleibenden Gesellschafter, und zwar letztere solidarisch nach § 128 H.G.B. Auch ein neueintretender Gesellschafter wird für diese Verbindlichkeit mithaftbar. (Siehe Makower IV, zu § 138 H.G.B., ebenso Lehmann-Ring S. 338, Nr. 2.)

Das Abfindungsguthaben ist ein reines Forderungsrecht auf Auszahlung der festgestellten Summe, das den Gesellschafter z. B. auch zur Teilnahme am Konkurse der fortgesetzten Gesellschaft als gewöhnlicher Gläubiger berechtigt. (R.O.H.G. 10, 57.)

Das R.G. leugnet nun, daß der Grund einer solchen Klage im Gesellschaftverhältnis zu suchen ist mit folgenden Argumenten: „Der Anspruch auf die Abfindungssumme rühre allerdings aus der bestandenen Gemeinschaft her, aber er sei nicht der Anspruch pro socio. Denn der ausgeschiedene Gesellschafter stand nicht mit der nunmehr fortgesetzten Gesellschaft, welche seine Schuldnerin wird, sondern mit den Personen ihrer Gesellschafter in Sozietät. Allerdings seien es die bisherigen Gesellschafter, welche sich zur Leistung der Abfindung verpflichtet hätten, aber in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter der lediglich unter ihnen fortzusetzenden Gesellschaft. Das Gemeinschaftsverhältnis, aus welchen die actio pro socio begründet wäre, sei erledigt durch die Begründung einer Geschäftsschuld." (R.G. Band VII S. 95.)

Dagegen nahm Behrend § 80 Anm. 21 Stellung und fragte, was es denn sonst für eine Klage sein solle, wenn nicht eine actio pro socio, ihre Eigentümlichkeiten erklären sich daraus, daß sie nach Beendigung der Gesellschaft angestrengt wird. (Staub Anm. 7 Anhang zu § 141.) Ich möchte mich der Ansicht von Staub und Behrend anschließen, daß der Grund einer solchen Klage im Gesellschaftsverhältnis

zu suchen ist. Der ausscheidende Gesellschafter kann seinen Auseinandersetzungsanspruch auch veräußern, und zwar im Wege der Abtretung (vergl. R.G. 18, 43).

Die gemeinsame Berechnung des Abfindungsguthabens schließt eine Anfechtung nach den allgemeinen Grundsätzen nicht aus (siehe Staub). Wenn dargetan wird, daß in der Bilanz aufgestellte Posten gar nicht oder umgekehrt in größerer Zahl vorhanden waren, so berechtigt dies zur Anfechtung wegen Irrtums oder Täuschung. Die Anfechtung kann im Einzelfalle dadurch ausgeschlossen sein, daß nicht die Summe der Einzelposten, sondern eine vereinbarte Pauschalsumme als Abfindungsguthaben angenommen wurde.

Eine solche Vereinbarung kann auch wie ein Vergleich angefochten werden, nicht dadurch, daß man die einzelnen Posten anficht (B.G.B. § 779). Da die Vorschrift des § 738 Abs. 2: der Wert ist erforderlichenfalls durch Schätzung zu ermitteln, eine endgültige Grundlage für die Auseinandersetzung schaffen will, so kann nicht deshalb angefochten werden, weil der Wert sich nachträglich als zu hoch oder zu niedrig herausstellt. So können keine Ansprüche daraus hergeleitet werden, daß zweifelhafte Außenstände, die man für uneinbringlich gehalten hatte, nachträglich noch eingehen, oder umgekehrt, bei anscheinend sicheren Außenständen sich Verluste ergeben.

Bezüglich der Zeit, zu welcher die Auszahlung zu erfolgen hat, ist im Gesetze nichts bestimmt. Es schlägt daher § 271 Abs. 1 B.G.B. ein, es muß zunächst aus den Umständen entnommen werden, ob sich aus diesen nicht eine Zeit für die Leistung ergibt. Hierbei muß in Betracht gezogen werden, daß das Fortbestehen der Gesellschaft nicht dadurch gefährdet werden darf, daß sie plötzlich gezwungen ist, ihrem Betrieb ein größeres Kapital zu entziehen. Die ganze Tendenz des Gesetzgebers ist doch bei dem Institut des Ausscheidens des Gesellschafters auf die Erhaltung der Gesellschaft gerichtet. Deshalb wird der Richter nach seinem richterlichen Ermessen angemessene Fristen bestimmen. So hat das R.O.H.G. in einem Falle zwei vom Gericht festgesetzte Fristen von je einem Jahre für angemessen erachtet. (Siehe Puchelt-Förtsch zu Art.131 Allgem.d.H.G.B. Anm.5.)

Diese Rücksicht auf den Fortbestand der Gesellschaft fällt weg bei totaler Auflösung der Gesellschaft. Demgemäß entschied das R.O.H.G. in einem Fall vertragsmäßiger Vereinbarung, daß der Ausgeschiedene Zahlung nur ratenweise einziehen dürfe, diese Vereinbarung gelte nur so lange, als die Gesellschaft wirklich fortbestände, nicht mehr für den Fall einer Liquidation; dann werde die ganze Forderung sofort fällig; es sei denn, daß die ratenweise Abzahlung absolut ohne Rücksicht auf die Fortdauer der Gesellschaft abgemacht ist. (R.O.H.G. X Nr. 10 S. 64.) Eine andere Ansicht hat wiederum das R.G. IX Nr. 3 S. 14 ff., das der Liquidation keinen Einfluß auf die Ratenzahlungen zugesteht.

Eine Sicherheit für die pünktliche Auszahlung des Auseinander-

setzungsguthabens zu fordern, ist der ausscheidende Gesellschafter nicht berechtigt; ebensowenig hat er wegen seiner Forderung ein Zurückbehaltungsrecht an den der Gesellschaft gehörenden Gegenständen. Dies nimmt O.L.G. Stuttgart in Rechtsprechung d. O.L.G. VI S. 446 im Hinblick auf die kraft Gesetzes eintretende Anwachsung an.

Anderer Ansicht ist Planck, Anm. 4 zu § 738, der meint, daß in Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung es sich schwerlich rechtfertigen läßt, dem ausscheidenden Gesellschafter diesen Schutz zu entziehen, die beiderseitigen Verpflichtungen beruhen ja auf demselben Gesellschaftsverhältnisse; Konnexität, die im § 273 B.G.B geforderte Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechtes liege also vor. Derselben Ansicht ist Oertmann § 738 Nr. 4, 2. Aufl., der die Ansicht des O.L. G. Stuttgart in Rechtsprechung d. O.L.G. VI, S. 446, das das Zurückbehaltungsrecht verneint, weil es gegen „Sinn und Zweck des § 738 verstoße", aus „höheren Rücksichten" dem rechtlichen Zusammenhang der Ansprüche die Anerkennung versagt, für unbewiesen und in der Allgemeinheit bedenklich hält. Ebenso bejaht Staudinger § 738, II, 2 f., das Zurückbehaltungsrecht des ausscheidenden Gesellschafters, 7./8. Auflage. Derselben Ansicht sind Knoke S. 130 und R. G.R.K. zu § 738, 2. Auflage. Auch ich möchte mich dieser Ansicht anschließen.

Ich möchte auch noch die steuerrechtliche Seite der Angelegenheit ins Auge fassen. § 17 Kap. V. St.G. bestimmt, daß die beim Ausscheiden eines Gesellschafters ihm gewährte Abfindung der Kapitalverkehrssteuer unterliegt. Die „Überlassung von Gesellschaftsrechten an die Gesellschaft, an andere Gesellschafter oder an Dritte" unterliegt nach § 17 Kap. V.St.G. der Gesellschaftssteuer (zur Zeit 5 vom Tausend), berechnet nach dem Werte der Rechte zur Zeit des Eintritts der Steuerschuld. Zweifellos liegt eine solche Übertragung der Gesellschafterrechte des Ausscheidenden an die Gesellschaft vor, wenn ein Mitglied aus einer mehr als zweiköpfigen Gesellschaft ausscheidet. Wenn aus einer zweigliederigen Gesellschaft einer ausscheidet und die Gesellschaft hierdurch aufgelöst wird, tritt keine Besteuerung ein (siehe Keßler zu § 17, Kap. V.St.G.). Ebenso hat der Reichsfinanzhof entschieden (Band 15, 176), daß keine Steuerpflicht eintritt, wenn der ausscheidende Teilhaber einer O.H.G. für die Aufgabe seines Gesellschaftsrechtes mit Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens abgefunden wird.

Karger macht in der „Zeitschrift für Gesellschaftswesen", Heft 4, 1925, hier auf eine Ungenauigkeit des Gesetzestextes aufmerksam. Denn die Entscheidung des R.F.H. muß insoweit eingeschränkt werden, daß nun nicht etwa angenommen werden darf, daß auch dann, wenn nur ein Teil der Abfindung in zum Geschäftsvermögen gehörenden Gegenständen gewährt wird, volle Steuerfreiheit eintritt. Es wäre somit richtiger gewesen, wenn die Entscheidung statt des

Wortes „wenn“ die Einschränkung „soweit“ gebraucht hätte, so daß die Überschrift der Entscheidung lautet: „Steuerpflicht nach § 17 Kap. V.St.G. tritt nicht ein, soweit der ausscheidende Teilhaber einer O.H.G. oder Kommanditgesellschaft für die Aufgabe seines Gesellschaftsrechtes mit Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens abgefunden wird.“ Von Bedeutung ist diese Ungenauigkeit nicht, da die Überschriften der Urteile in den amtlichen Sammlungen der Entscheidungen nur Privatarbeiten, nicht amtliche, den Reichsfinanzhof bindende Erklärungen sind.

§ 23. Die Rechte des Ausscheidenden inbezug auf schwebende Geschäfte.

Es wird regelmäßig der Fall sein, daß beim Ausscheiden eines Gesellschafters Geschäfte vorhanden sind, die zwar bereits begonnen, aber noch nicht abgewickelt sind. Diese schwebenden Geschäfte können natürlich beim Abfindungsguthaben nicht berücksichtigt werden, da sich ja noch nicht übersehen läßt, inwieweit sich Verlust oder Gewinn aus ihnen ergeben werden. Im Gesellschaftsvertrag kann nun vereinbart sein, daß der ausgeschiedene Gesellschafter gegen eine Pauschalabfindung von dem Anteil an den schwebenden Geschäften ausgeschlossen ist. Wenn aber keine Abreden getroffen sind, so trifft § 740 B.G.B., der ebenso wie § 738 nachgiebigen Rechtes ist, nähere Bestimmungen. Er lautet: „Der Ausgeschiedene nimmt an dem Gewinn und an dem Verlust teil, der sich aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften ergibt.

Die übrigen Gesellschafter sind berechtigt, diese Geschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint. Der Ausgeschiedene kann am Schlusse jedes Geschäftsjahres Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrages und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen.“

Nach Entwurf I B.G.B. § 658 Abs. 2 sind darunter die „schon vorher begonnenen und erst nachher beendeten Geschäfte zu verstehen“. Diese Geschäfte müssen aber die unmittelbare Folge dessen darstellen, was schon geschehen ist, es muß eine notwendige Abwicklung eines bereits schwebenden Geschäftes vorliegen. So z. B. wenn Streitigkeiten über ein Geschäft durch Vergleich beigelegt werden. R.O.H.G. XV Nr. 60 S. 204. Die zur Beendigung schwebender Geschäfte eingegangenen neuen Lieferungsverträge, die zur Zeit des Austrittes abgeschlossen, aber noch nicht ausgeführt sind. (R.G. 56, 16.) Dagegen nimmt der Ausgeschiedene nicht teil an den Geschäften, die von einem geschäftsführenden Gesellschafter vor erlangter Kunde von dem Ausscheiden oder dem Ausschluß für Rechnung der Gesellschaft abgeschlossen sind (so Staub Anm. 25 d zu § 141 gegen Gareis).

Diese Bestimmung der Teilnahme an den Abwicklungsgeschäften bedeutet aber keine Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses. Die Gewinn- und Verlustbeteiligung an den schwebenden Geschäften begründet ebenso wie das Forderungsrecht auf Auszahlung des Abfindungsguthabens ein rein obligationenrechtliches Verhältnis zwischen dem ausgeschiedenen und der fortgesetzten Gesellschaft.

Bei der endgültigen Berechnung des Abfindungsguthabens wird dem Ausscheidenden das Ergebnis der Abwicklungsgeschäfte entweder gutgerechnet oder zu Lasten geschrieben, die fortgesetzte Gesellschaft handelt für ihn in gesetzlicher Vollmacht. Da der ausgeschiedene Gesellschafter aufgehört hat, Gesellschafter zu sein, hat er weder Rechte inbezug auf die Geschäftsführung, noch das Kontrollrecht des § 118 H.G.B., während andererseits auch keine Pflicht zur Mitwirkung für ihn besteht. (Siehe Goldschmidt in seiner Z.H.R. XVIV, Seite 377.)

Eine Rechenschaftsablegung kann nur am Schlusse jedes Geschäftsjahres über die inzwischen beendigten Geschäfte verlangt werden und hat nach Maßgabe des § 259 B.G.B. zu erfolgen. § 260 B.G.B. kann deshalb nicht herangezogen werden, da es sich hier nicht um einen Inbegriff von Gegenständen handelt. (Vergl. Planck B.G.B. § 740 Anm. 2.) Die dem Ausgeschiedenen angebotene Vorlegung von ordnungsmäßig geführten Büchern ist schon Rechnungslegung nach § 740 B.G.B. (Siehe R.O.H.G. XXV Nr. 82 S. 344.) Ein Recht des Gesellschafters auf solche Vorlegung besteht aber nicht. Wenn ihm die Gesellschafter nur sonst ordnungsmäßig und erschöpfend Rechnung legen, so können sie dies auch auf andere Weise tun. (R.O.H.G. 25, 344.) Was die Auskunft über die schwebenden Geschäfte betrifft, so kann er diese nach § 242 B.G.B. so verlangen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es fordern.

Da ein Gesellschaftsverhältnis nicht in der geringsten Beziehung fortdauert, besteht für den Ausgeschiedenen kein Recht, für die Zeit nach seinem Ausscheiden die Handelsbücher und die Papiere der Gesellschaft einzusehen, und sich aus ihnen eine Bilanz anzufertigen, wie das dem wirklichen Gesellschafter nach § 118 H.G.B. zusteht. Nach R.G. XV Nr. 19 s. 80 ff. wird dem Ausscheidenden das Recht auf Vorlegung der Inventare und Bilanzen, die bis zum Ausscheiden aufgenommen sind, versagt.

Auf Grund der ihm gelegten Rechnung wird der Ausscheidende wohl meist die Höhe des Guthabens aus dem beendigten Geschäfte entnehmen, er wird am Schlusse jedes Geschäftsjahres den ihm zukommenden Betrag fordern bzw. einzahlen. Allein, wenn er das Guthaben anderweitig berechnen kann, so ist er berechtigt, es auch ohne Rechnungslegung abzuwarten, einzuklagen (siehe Bolze IV Nr. 795, S. 244, XIII Nr. 490, S. 272, XIII Nr. 513, S. 290). Auch kann er auf Rechnungslegung klagen und den Antrag im Prozeß auf Zahlung umändern. (R.G. in J.W. 1897, XXVI, S. 603 Nr. 9), wie er auch auf

Rechnungslegung und Zahlung dessen, was die Rechnung ergeben werde, klagen kann (§ 254 C.P.O.)

Der Anspruch auf Auszahlung des Abfindungsguthabens, sowie die aus den Abwicklungsgeschäften dem Ausgeschiedenen anfallende Gewinndividende können abgetreten werden, (siehe R.G. XVIII Nr. 8 S. 43 ff.), dagegen können die Rechte auf Mitwirkung bei der Auseinandersetzung und auf Rechnungslegung nicht abgetreten werden. Diese Rechte bleiben beim Zedenten, der nach § 402 B.G.B. verpflichtet ist, seinem Zessionar die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden auszuliefern, soweit sie sich in seinem Besitz befinden.

Im Falle des § 141 H.G.B. steht der Anspruch auf das Aueinandersetzungsguthaben dem Pfändungsgläubiger zu, ebenso die sich aus den Abwicklungsgeschäften ergebende Gewinndividende. Ein Überschuß über das, was der Gläubiger zu fordern hat, gehört dem ausscheidenden Gesellschafter. Zum Zwecke der Durchführung hat der Gläubiger einen Anspruch auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung an die übrigen Gesellschafter. Weil aber der Gesellschafter bei der Verwendung seines Guthabens zur Befriedigung seines Gläubigers erheblich beteiligt ist, hat er neben dem Gläubiger das Recht auf Rechenschaft wie jeder ausscheidende Gesellschafter.

Die übrigen Gesellschafter sind berechtigt, die Abwicklungsgeschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint. Der Ausscheidende ist also der Geschäftsführung der verbleibenden Gesellschafter unterworfen (R.G. 15, 81) jedoch nur, ihrem vernünftigen Ermessen, böser Wille oder Willkür darf nicht maßgebend sein. Dies ergibt sich aus der Rechnungslegungspflicht und der hieraus folgernden Beweispflicht. Eine Vergütung für ihre Abwicklungstätigkeit können die verbleibenden Gesellschafter nicht fordern. Zu dieser Erledigung sind sie gesetzlich in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter verpflichtet, sie haften daher auch für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten.

§ 24. **Die Verpflichtung des ausscheidenden Gesellschafters zum Ersatze eines Fehlbetrages.**

Dieser Punkt ist im § 739 B.G.B. behandelt. Er lautet: „Reicht der Wert eines Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und der Einlagen nicht aus, so hat der Ausscheidende den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnisse seines Anteils am Verlust aufzukommen.“ Wir sehen also, daß das Prinzip, daß ein Gesellschafter selbst dann nicht zur Nachzahlung der durch Verlust verminderten Einlage gezwungen werden kann, wenn sich ein Passivsaldo für ihn ergibt (siehe B.G.B. § 707) mit dem Zeitpunkt aufhört, in dem der Gesellschafter nicht mehr Mitglied der

Gesellschaft ist. Ergibt sich also bei der Auseinandersetzung auf Grund der Vermögenslage zur Zeit des Ausscheidens eines Gesellschafters ein Verlust, so hat der Ausscheidende den übrigen Gesellschaftern für den Verlust aufzukommen. In Höhe des Passivsaldos des Ausscheidenden besteht für diesen eine reine Geldschuld an die Gesellschaft. Diese hat für ihren Anspruch ein Zurückbehaltungsrecht an den Gegenständen, die dem Ausscheidenden in Natur zurückzugeben sind (siehe Goldmann zu § 138 H.G.B. Anm. 27 und R.G.R. Komm. § 739, 1 B.G.B.).

Das Passivsaldo des Ausgeschiedenen kann dadurch entstehen, daß ihm entweder die gemeinsamen Schulden, oder auch die Minderung der Einlagen anteilsmäßig zur Last fallen und zwar letzteres selbst dann, wenn seine Einlage nur in persönlichen Diensten oder in Einbringung von Gegenständen zum Gebrauche oder zur Nutzung bestand. Diese letztere Härte, die sich aus der heutigen Fassung des Gesetzes ergibt, befremdet etwas und sie war auch bei der Schöpfung des B.G.B. sehr umstritten. Der erste Entwurf zum B.G.B. konstatierte eine Nachschußpflicht des Ausgeschiedenen nur insoweit, als der Wert der gemeinschaftlichen Gegenstände weniger betrüge, als zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden erforderlich sei. (Vergl. Entw. I, § 656 Abs. 3, § 658 Abs. 6.)

Wenn die gemeinschaftlichen Gegenstände aber nicht ausreichten zur Deckung der Einlagen, so sei der Ausfall, der sich für den einzelnen Gesellschafter daraus ergäbe, von diesem allein zu tragen, es erfolge nur eine verhältnismäßige Erstattung (siehe Entw. I, § 656 Abs. 3, Satz 4). Nach diesem Standpunkt des Gesetzes dürfte also der Gesellschafter, der nicht zu vergütende Einlagen, wie persönliche Leistungen, Gewährung des Gebrauches oder der Nutzung von Gegenständen, beigetragen habe, zur Deckung der Einlagen der übrigen Gesellschafter nicht herangezogen werden.

Gegenüber diesem Standpunkt des ersten Entwurfs wurde entsprechend dem § 739 B.G.B. der Antrag vorgebracht, bei Unzulänglichkeit des nach Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden übrigbleibenden Gesellschaftsvermögens zur Deckung der Einlagen sämtliche Gesellschafter nach den für die Tragung des Verlustes maßgebenden Bestimmungen zur Aufbringung des Fehlbetrages für verpflichtet zu erklären. Für den Antrag wurde vorgebracht, die Auseinandersetzung ergäbe nach der Verkehrsansicht nicht nur einen Verlust, wenn das Gesellschaftsvermögen die gemeinschaftlichen Schulden nicht decke, sondern schon wenn die Einlagen nicht voll gedeckt würden. Die Einlagen würden im Verkehre den Schulden gleich gestellt, als solche gebucht. Wenn ein Gesellschafter nur persönliche Leistungen beitrage, so könne eine Beteiligung am Verluste für ihn ausgeschlossen werden. Falls dies aber nicht geschehen, oder falls sogar ausdrücklich eine Beteiligung am Verluste vereinbart sei, erscheine es keineswegs unbillig, daß der Gesellschafter auch den

Ausfall an den zu erstattenden Einlagen mittrage. Daraus, daß die beigetragenen persönlichen Dienste nicht vergütet werden, folge nicht die Unbilligkeit der Heranziehung des betreffenden Gesellschafters zur Deckung des Ausfalls an den übrigen Einlagen. Denn die Nichtvergütung der persönlichen Leistungen entspreche nur der Nichtverzinsung der zu erstattenden Einlagen (vergl. Prot. zum B.G.B. Band II, S. 442 ff.). Diesem Standpunkt schloß man sich dann an und so entstand die heutige Fassung des § 739 B.G.B.

Scheiden mehrere Gesellschafter zur gleichen Zeit aus, so wird bei einer derartigen Vermögenslage der Gesellschaft jeder Einzelne nur für den auf ihn fallenden Anteil am Fehlbetrage aufzukommen haben, eine dem Satz 2 des § 735 B.G.B. entsprechende Vorschrift, daß, wenn von einem Gesellschafter der auf ihn entfallende Betrag nicht erlangt werden kann, die übrigen Gesellschafter den Ausfall zu tragen haben, ist hier nicht gegeben. (Staub Anm. 20 Exk. zu § 141.)

Außer diesem Passivsaldo hat der Gesellschafter alles zu zahlen, was er sonst der Gesellschaft schuldet, so z. B. wenn er unbefugt Geld der Gesellschaftskasse entnommen hat. Auch hierfür haftet er als persönlicher Schuldner. Er ist nicht berechtigt zu verlangen, daß diese Schulden von seinem Aktivsaldo abgezogen werden, muß sie vielmehr, wenn sein Gesellschaftsguthaben noch nicht fällig ist, unbekümmert um dessen Höhe an die Gesellschaftskasse zahlen (R.O. H.G. 24, 48).

Das Recht des Ausgeschiedenen auf Befreiung von den gemeinschaftlichen Schulden und auf Sicherheitsleistung für die noch nicht fälligen Schulden bleibt aber von der Pflicht zur Einzahlung des Passivsaldos unberührt. In der Berechnung des Passivsaldos ist eben der Anteil des Ausscheidenden an den gemeinsamen Schulden schon enthalten, so daß er durch den Gläubiger in Anspruch genommen, doppelt zahlen müßte. Deshalb steht auch dem Ausscheidenden ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der von ihm nach § 739 B.G.B. zu zahlenden Beträge zu, bis er von den gemeinschaftlichen Schulden befreit oder ihm Sicherheit geleistet ist, wie andererseits der Gesellschaft ein Zurückbehaltungsrecht an den von ihm quoad usum eingebrachten Gegenständen bis zur Zahlung des Passivsaldos zusteht (siehe Planck Anm. zu § 739 B.G.B., Knoke S. 130, Staudinger § 739 Anm. 3).

§ 25. Formell rechtliche Folgen des Ausscheidens, Einfluß der positiven, resp. negativen Publizität des H.R. auf die Haftung des Ausscheidenden.

Wie bei der Errichtung der O.H.G. nach § 106 H.G.B. die ordnungsmäßige Eintragung der Namen der Gesellschafter, sowie der Firma § 19 H.G.B. erforderlich ist, so ist beim Ausscheiden eines Gesellschafters die Tatsache des Ausscheidens laut § 143 Abs. 2 H.G.B.

von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Für den Fall des Ausscheidens von Todeswegen bestimmt Abs. 2, daß von der Mitwirkung des Erben abgesehen werden kann, wenn ihr besondere Hindernisse entgegenstehen. Ist der Name des Ausscheidenden in der Firma enthalten, so greifen die Bestimmungen des § 24 H.G.B. Platz. § 24 Abs. 2 lautet: „Bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten ist, bedarf es zur Fortführung der Firma der ausdrücklichen Einwilligung des Gesellschafters oder seiner Erben."

Einen lehrreichen Fall dieser Art finden wir in der „Zeitschrift für Gesellschaftswesen", 10. Heft, zitiert von R.-A. Dr. Güldenagel. Es handelt sich um die Frage, ob die alte Firma mit Weglassung des Namens des ausgeschiedenen Gesellschafters von den zurückbleibenden Gesellschaftern fortgeführt werden kann.

In einer Kommanditgesellschaft befanden sich 5 Gesellschafter und zwar drei persönlich haftende und zwei Kommanditisten. Von den drei persönlich haftenden Gesellschaftern bildeten die beiden Brüder Bo. eine Firma. Der älteste der Brüder O. Bo. hatte der Firma den Namen gegeben. Von den übrigen Gesellschaftern wurde nun gegen diesen O. Bo. die Ausschließungsklage erhoben, dieser erkannte schließlich den Ausschließungsantrag an, verlangte aber, während sein Bruder A. Bo. noch in der Firma verblieb, von seinen Gegnern Unterlassung der Firmenfortführung, was der Gegner ablehnte, zunächst aus der allgemeinen Erwägung, daß das Unterlassungsbegehren unsittlich sei, weil dadurch die Kommanditgesellschaft zum Konkurs getrieben werde. Ohne die Firma Bo. könne sie nicht weiter existieren. Sodann sei aber noch der Bruder des O. Bo., nämlich der A. Bo. in der Firma, dieser trage ja auch den Namen Bo., deshalb sei der Unterlassungsanspruch unbegründet. Die übrigbleibenden Gesellschafter wurden aber sowohl in erster wie in zweiter Instanz vom Oberlandesgericht Düsseldorf zur Unterlassung verurteilt.

Das letztere hat sich der Entscheidung der ersten Instanz mit folgenden Worten angeschlossen: „Die Klagebefugnis des Klägers zu der Löschungsklage ergibt sich aus § 37 Abs. 2 H.G.B. Zutreffend führt das angefochtene Urteil aus, daß nach der Gründungsgeschichte der Kommanditgesellschaft „Bo. Werkzeug Co.", der in dieser Firma enthaltene Eigenname von der Person des Klägers herrührt. Nachdem der Kläger aus der Gesellschaft ausgeschieden ist und seine Einwilligung zur Fortführung der Firma verweigert hat, dürfen die Beklagten nach § 24 H.G.B. diese Firma nicht fortführen, müssen vielmehr unter Beobachtung der Vorschriften der §§ 18, 19 H.G.B. eine neue Firma wählen. Die Beklagten bemängeln deshalb zu Unrecht die Fassung des ersten auf Löschung der jetzigen Firma gerichteten Klageantrages, indem sie geltend machten, daß Kläger nicht

die Löschung der ganzen Firma, sondern nur die Entfernung des Wortes Bo. aus der Firma verlangen. Gerade hier bildet der Name Bo. einen nach § 19 Abs. 2 H.G.B. wesentlichen Bestandteil der Firma und zusammen mit den übrigen Bestandteilen eine Einheit. Mit der Beseitigung dieses wesentlichen Teiles fällt die ganze Firma." Wenn natürlich im vorliegenden Falle der Gesellschaftsvertrag so abgefaßt gewesen wäre, daß die übrigen Gesellschafter im Falle des Ausscheidens des Trägers des Firmennamens O. Bo. berechtigt seien, die Firma fortzuführen, so hätte O. Bo. keine Befugnis zur Löschungsklage aus § 37 Abs. 2 gehabt.

Der Ansicht Staubs, der im § 24 H.G.B. lediglich einen Schutz des Namensrechtes des Ausscheidenden sieht und die Verwendung des Firmentextes zur Neufirmierung für möglich hält, ist abzulehnen, denn die Firma ist „ein unzerteilbares Ganzes" (R.O.H.G. IV Nr. 53, S. 260/61, Staub Anm. 3 zu § 24).

Nach § 143 Abs. 2 ist also das Ausscheiden eines Gesellschafters von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, mithin auch vom Ausscheidenden selbst, und zwar ist es hierbei ganz gleichgültig, was für ein Ausscheidungsfall vorliegt, ob der Ausscheidende mit seinem Willen durch Kündigung ausgeschieden ist oder gegen seinen Willen von den übrigen Gesellschaftern auf deren Antrag hin durch Urteil ausgeschlossen wurde.

Wenn nun aber die Rechte des offenen Handelsgesellschafters gegenüber Dritten mit seinem Ausscheiden ein Ende gefunden haben, so steht das anders mit seinen Pflichten. Die Haftung des Gesellschafters für Schulden, die bei dem Ausscheiden schon begründet waren, wird durch das Ausscheiden nicht berührt. Dies ergibt sich aus § 159 H.G.B., der im Zusammenhang mit der Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister die Verjährung der Ansprüche gegen einen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft regelt. Es ist hier eine fünfjährige Verjährungsfrist festgelegt, sofern nicht der Anspruch gegen die Gesellschaft einer kürzeren Verjährung unterliegt. Die Verjährung beginnt mit dem Ende des Tages, an welchem das Ausscheiden des Gesellschafters in das Handelsregister des für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Gerichts eingetragen wird.

Dagegen haftet der Ausgeschiedene nicht für die nach seinem Ausscheiden von der Gesellschaft kontrahierten Schulden, da er jetzt nicht mehr der Gesellschaft zugehört. Dies gilt anerkanntermaßen auch für die sogenannten Abwicklungsgeschäfte, wie schon erwähnt. Werden diese auch mit auf Rechnung des Ausscheidenden abgeschlossen, so tritt doch dem Dritten gegenüber nur die fortgesetzte Gesellschaft handelnd auf. Der Ausgeschlossene hat aufgehört Gesellschafter zu sein. Die Fortdauer der Haftung für Schulden, die bei dem Ausscheiden schon begründet waren, erklärt sich aus der aus § 128 H.G.B. hervorgehenden persönlichen Haftung des offenen Handels-

gesellschafters für Gesellschaftsschulden. Nach deutschem Handelsgesetzbuch haftet der Gesellschafter solidarisch, persönlich, direkt und primär für die Gesellschaftsschulden. Die Haftung des offenen Handelsgesellschafters wird geregelt nach Maßgabe der Bestimmungen des B.G.B. § 421 ff., also nach Maßgabe der Bestimmungen über die Gesamtschuldnerschaft. Die Gesellschafter haften nicht nur mit dem Gesellschaftsvermögen, sondern auch mit ihrem Privatvermögen. Der Gläubiger kann die Gesellschaft und den Gesellschafter zusammen verklagen, er kann sich aber von vorneherein direkt an den einzelnen Gesellschafter wenden, ohne erst die Gesellschaft verklagt zu haben. Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, kann der Gesellschafter nur geltend machen, wenn sie von der Gesellschaft erhoben werden können.

Diesen § 129 Abs. 1 H.G.B. muß man natürlich auch auf den Ausgeschiedenen anwenden, denn in bezug auf seine Forderung gilt er ja noch immer den Gläubigern gegenüber als Gesellschafter. Andererseits aber gelten auch für ihn die Beschränkungen des § 129 Abs. 2 und 3 (siehe Staub § 129 Anm. 13), d. h. er kann die Befriedigung des Gläubigers nur verweigern, solange der Gesellschaft das Anfechtungsrecht zusteht, z. B. wegen Irrtum, Täuschung, Drohung oder solange der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft befriedigen kann.

Nach Maßgabe der Bestimmungen über die Gesamtschuldnerschaft wirkt es auch direkt für den Ausgeschiedenen, wenn einer der Gesellschafter die Schuld erfüllt. (§ 422 B.G.B.). Ebenso wirken für ihn die Leistung an Erfüllungsstatt, die Hinterlegung, die Aufrechnung, die durch einen der Gesellschafter herbeigeführt wurde nach § 422, und eventuell der vereinbarte Schulderlaß nach § 422 B.G.B. Der Ausgeschiedene kann sich auch berufen auf einen Verzug des Gläubigers, der gegenüber einem Gesellschafter nach § 424 B.G.B. eintrat. Kündigung, Schuldnerverzug, Unmöglichkeit der Leistung in der Person des Gesellschafters, Verjährung, Vereinigung der Forderung mit Schuld und rechtskräftiges Urteil wirken aber nur für oder gegen den in Frage stehenden Gesellschafter, in dessen Person sie eintreten, und berühren die Haftung des Ausgeschiedenen nicht. Natürlich kann der Ausgeschiedene aus seiner Haftung durch die Gläubiger selbst entlassen werden. (R.G. in J.W. XXIX Nr. 21 S. 157.)

Überall weist das Gesetz die primäre Haftung des offenen Handelsgesellschafters auf, nur in einem einzigen Fall haftet er subsidiär. An sich macht der Gesellschaftkonkurs die Haftung der Gesellschafter und damit des Ausgeschiedenen nicht zu einer subsidiären (anders Art. 122 altes H.G.B.). Nur wenn gleichzeitig der Konkurs über das Privatvermögen eines Gesellschafters, wie auch über das Gesellschaftsvermögen eröffnet worden ist, macht § 212 Konk.O. eine Ausnahme. In dem Konkursverfahren über das Privatvermögen eines Gesellschafters können die Gesellschaftsgläubiger, wenn der Kon-

kurs über das Gesellschaftsvermögen eröffnet ist, Befriedigung wegen desjenigen Betrages suchen, für welchen sie in dem letzteren Verfahren keine Befriedigung erhalten. Der Gläubiger hat also im Konkurs des Gesellschafters nur ein Recht auf Befriedigung in Höhe des erlittenen Ausfalls. Die Forderung kann aus beiden Konkursen voll angemeldet werden, aber die Konkursquote aus dem Privatkonkurs wird nicht ausbezahlt, sondern vorläufig hinterlegt, bis der Ausfall bei dem Gesellschaftskonkurs feststeht.

Der Zwangsvergleich, den die im Konkurs geratene O.H.G. nach dem Ausscheiden schließt, beschränkt die Haftung des Ausgeschiedenen nicht auf die Konkursquote, er haftet vielmehr weiter bis zur vollen Höhe. (R.G. Band 29 Nr. 11 S. 39, Band 56 Nr. 88 S. 366.) Dasselbe ist der Fall, wenn bei einer aus zwei Mitgliedern bestehenden O.H.G. nach Ausscheiden des Einen der Andere das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt (Lehmann in Goldschmits Zeitschrift für das gesamte H.R. Band 40 S. 464).

Dagegen kann der Ausgeschiedene bei Inanspruchnahme seinen Regreßanspruch gegen die fortgesetzte Gesellschaft nicht über die Höhe der Akkordquote hinaus geltend machen, er ist also hier wirklich sehr schlecht gestellt. Um nun diese Härten einigermaßen zu mildern, — dem Ausgeschiedenen ist ja auch jeder Einfluß auf die Geschäftsführung der O.H.G. entzogen — findet statt der ordentlichen Verjährung zugunsten des Ausgeschiedenen die kürzere fünfjährige Verjährung des § 159 H.G.B. statt, wenn an sich nicht schon der Anspruch einer kürzeren Verjährung unterliegt. Der Beginn dieser Verjährung ist aber wieder abhängig von der Eintragung des Ausscheidens nach § 143 Abs. 2 H.G.B. Diese formale Bestimmung des § 143 H.G.B. ist aber im Grunde genommen ein Anwendungsfall des § 15 H.G.B.

Ist nämlich eine einzutragende Tatsache — und eine solche ist kraft Gesetzes auch das Ausscheiden — eingetragen und bekannt gemacht worden, so muß gemäß § 15 Abs. 2 ein Dritter sie gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß er sie weder kannte noch kennen mußte.

Damit die sogenannte „positive Wirkung des Publizitätsprinzips" wirken kann, muß Eintragung und Bekanntmachung erfolgt sein. Die Eintragung des Ausscheidens allein vermöchte jene Wirkung nicht hervorrufen, die Haftung des Ausgeschiedenen für künftige Gesellschaftsverbindlichkeiten könnte selbst dann nicht abgewendet werden, wenn die Bekanntmachung nur durch das Verschulden des Registergerichts unterblieben war (R.O.H.G. Bd. XXIII S. 282). Nach dem Sprachgebrauch des B.G.B., der auch für das H.G.B. maßgebend ist, wird durch die Worte „es sei denn" die Beweislast dem Dritten auferlegt. Er muß den doppelten Nachweis führen,

1. Daß er die Kenntnis nicht besessen und
2. daß ihn insoweit kein Verschulden trifft, vielmehr daran beson-

dere, ihm nicht zuzurechnende Gründe Schuld sind, ein Beweis, der meist sehr schwer zu erbringen sein wird. (Staub Anm. 7 zu § 15, Ehrenberg Handbuch 1, 639 ff.) Einem jeden obliegt die „gesetzliche Erkundungspflicht", (Ehrenberg in Gerber und Jherings Jahrbücher Bd. 47 S. 300, ebenso Thöl 6. Aufl.), welche die Wissenschaft mit Recht aus dem Ausdruck „kennen müssen" in dem „es sei denn" eingeleiteten Nebensatze des § 15 Abs. 3 entnimmt.

Mit Rücksicht darauf, daß der Dritte durch den Zwang äußerer Einflüsse an der Ausübung seiner Erkundungspflicht gehindert sein kann, bestimmt nun § 15 Abs. 2, daß der Dritte den Gegenbeweis erbringen könne, daß er die eingetragene Tatsache, also sagen wir z. B. das Ausscheiden eines Gesellschafters tatsächlich nicht gekannt habe und auch bei Aufwendung der größten Sorgfalt sich keine Kenntnis durch Einsicht in die Registereinträge verschaffen konnte. Man kann auch nicht vom Dritten verlangen, daß seine Erkundungspflicht weitergeht als die „zugänglichen" Erkenntnisquellen zu beobachten, wie ein Urteil des Hamburger Oberlandesgerichts richtig bemerkt, mitgeteilt in Goldschmidts z. R. Bd. 46, S. 477.

So wird ein Gesellschafter für eines nach seinem Ausscheiden von einem Dritten mit der Gesellschaft geschlossenen Geschäfte haften müssen, wenn sein Ausscheiden eingetragen, die die Publikation des Ausscheidens enthaltende Zeitungsnummer den weit entfernt wohnenden Dritten aber zur Zeit des Vertragsschlusses nicht erreicht haben konnte. Abgesehen von solchen Zufällen, die eine entschuldbare Unkenntnis einzutragender Tatsachen darstellen, sind noch andere Fälle denkbar, wie Gerichtsstillstand, Verhängung des Belagerungszustandes, Absperrung eines Ortes durch Überschwemmung und andere elementare Naturereignisse. Die Beweislast hierfür ist natürlich immer dem Dritten auferlegt und wird meistens nicht leicht zu tragen sein, andererseits wird der Ausgeschiedene trotz erfolgter Eintragung und Publikation weiterhin haften.

Ist aber das Ausscheiden eines Gesellschafters nicht eingetragen und bekannt gemacht worden, so kann die Tatsache des Ausscheidens von dem Ausgeschiedenen einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie diesem bekannt war. Man spricht hier von der „negativen Seite des Publizitätsprinzips (vergl. Lehmann-Ring Bd. I), die eintragungsbedürftigen Tatsachen sind nur dem gegenüber wirksam, dem die Einrede des bösen Glaubens entgegengesetzt werden kann, der deshalb eines Schutzes nicht würdig erscheint. Wann Kenntnis anzunehmen ist, ist Tatfrage. (R.G. 74, 120.) Die Kenntnis des Gläubigers von dem erfolgten Ausscheiden befreit den ausscheidenden Gesellschafter von der Haftung für fernere Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Bei Schulden, die zweifellos erst nach dieser Kenntnis zur Entstehung gelangen, bietet die Anwendung dieses Satzes keine Schwierigkeiten.

Für zweifelhafte Fälle sind folgende Entscheidungen des R.G. und R.O.H.G. lehrreich: Ein Gläubiger, der einer O.H.G. einen laufenden Kredit gewährt hat, sei es auch auf Grund eines allgemeinen Kreditversprechens, kann die ausgeschiedenen Gesellschafter für die nach ihrem ihm bekannt gewordenen Ausscheiden von der Gesellschaft eingegangenen, jenem allgemeinen Kreditverhältnisse unterworfenen Verbindlichkeiten nicht haftbar machen (R.G. 4, 82 und Staub § 143 Anm. 10).

Beläßt der Hinterleger von Wertpapieren nach dem ihm bekannt gewordenen Ausscheiden eines Gesellschafters den übrigen das Depot, so kann er sich wegen einer späteren Veruntreuung an den ausgeschiedenen Gesellschafter nicht halten. Es liegt in solchem Verhalten das Einverständnis damit, daß die neue Gesellschaft fortan allein als Verwahrerin der Papiere zu betrachten sei. (R.O.H.G. 19, 18.)

Hat aber der Dritte auf irgendeine Weise von dem Ausscheiden Kenntnis gewonnen, obwohl die Tatsache nicht eingetragen und bekannt gemacht worden war, dann könnte sich der Ausgeschiedene durch die Berufung auf die positive Kenntnis des Dritten von diesem Vorgange der Haftung entziehen, hierfür träfe ihn allerdings die Beweislast.

Der Gegenbeweis, der Dritte habe die Tatsache kennen müssen, genügt nicht. Nur dem kann die nicht eingetragene Tatsache des Ausscheidens entgegengehalten werden, der die Tatsache positiv gewußt und deshalb mit ihr in Wirklichkeit gerechnet hat. Auch der Gegenbeweis ist nicht zuzulassen, daß der andere Teil der Eintragung, wie sie bestand, gar nicht vertraut hat, weil er die Eintragung überhaupt nicht kannte.

Zum Beispiel kann demjenigen, der mit einer O.H.G. abgeschlossen hat und wegen einer dadurch entstandenen Schuld der O.H.G. einen damals schon tatsächlich Ausgeschiedenen, aber im Register noch nicht gelöschten Gesellschafter in Anspruch nimmt, nicht eingewendet werden, er habe die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft überhaupt nicht gekannt, gar nicht gewußt, wer eingetragen und wer ausgeschieden war, so daß es für sein Verhalten gleichgültig gewesen sei, ob die Rechtsveränderung eingetragen war oder nicht. (R.G. Band 19, S. 147, Staub § 15 Anm. 2.)

Dagegen ist nicht erforderlich, daß in dem fraglichen Falle der Dritte gerade gewußt hat, daß der betreffende Gesellschafter ausgeschieden ist; es genügt vielmehr der Nachweis, daß er gewußt hat, daß ein Anderer Alleininhaber der Firma war. (R.G. 70, 273.)

Auch der Gegenbeweis ist unzulässig, daß im gegebenen Falle die Kenntnis der einzutragenden Tatsache für das Verhalten des Dritten überhaupt nicht von Bedeutung sein konnte (Staub § 15 Anm. 3, Düringer-Hachenburg Anm. 4).

Dagegen ist in anderer Beziehung eine Einschränkung zu machen: Der Registereintrag wirkt nur im Geschäfts- und Prozeßverkehr,

dagegen nicht bei Rechtsbeziehungen, die ohne den Willen des Dritten entstehen, wie Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und namentlich nicht bei Ansprüchen aus unerlaubten außerhalb des Geschäftsverkehrs liegenden Handlungen.

Die Denkschrift zum 2. Entwurfe des H.G.B. von 1897 nimmt zum § 15 Abs. 1 H.G.B. in folgender Weise Stellung (D. S. 14 Spalte 2.):

Der Natur der Sache nach beschränkt sich die Anwendbarkeit des § 15 H.G.B. auf die Fälle, in welchen die Kenntnis der einzutragenden Tatsache für das Verhalten des Dritten und seine durch dieses Verhalten beeinflußten Rechte und Verbindlichkeiten von irgendwelcher Bedeutung sein kann. Dies ergibt sich schon aus dem Zwecke der in § 15 H.G.B. enthaltenen Vorschriften, außerdem noch aus der Wirkung, welche darin der nachgewiesenen Kenntnis bzw. Unkenntnis des Dritten beigelegt wird. Soweit die bezeichnete Voraussetzung ausgeschlossen erscheint, ist für die Bestimmung des § 15 kein Raum.

Diese Ansicht wird an einem Beispiele erläutert: „Wenn durch die scheuwerdenden Pferde des Geschäftswagens einer O.H.G. ein Schaden angerichtet wird, so kann der Geschädigte nicht etwa einen zur Zeit des Unfalles bereits aus der Gesellschaft ausgeschiedenen Gesellschafter deswegen in Anspruch nehmen, weil das Ausscheiden desselben zur fraglichen Zeit noch nicht ins Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht war; denn es fehlt in diesem Falle an jeder Möglichkeit eines Zusammenhangs zwischen der Entstehung des Schadens und der Kenntnis des Dritten von dem Ausscheiden des Gesellschafters."

§ 15 Abs. 1 H.G.B. soll also nach der Denkschrift nur Anwendung finden, mithin kann die einzutragende Tatsache nur dann dem Dritten entgegengehalten werden, wenn ein Kausalzusammenhang zwischen der Kenntnis der einzutragenden Tatsache und dem Verhalten des Dritten bei der Begründung des Anspruchs besteht.

Auf die Konsequenz dieser Auslegung weist Cosack in der 7. Auflage seines Lehrbuches S. 36 hin, indem er den von der Denkschrift gegebenen Fall in der Weise umbildet, daß zwei Personen verletzt werden, von denen der eine das Ausscheiden des Gesellschafters kennt, während dem anderen die Tatsache unbekannt geblieben war, die Tatsache ist rechtzeitig zum Handelsregister angemeldet, aber während der Zeit, die zur Publikation notwendigerweise erforderlich ist, hat sich der Unfall ereignet. Hier würde das Ausscheiden dem, der davon Kenntnis gehabt hat, entgegengesetzt werden können, während der Andere den Ausgeschiedenen persönlich haftbar machen könnte. Also folgt hieraus eine Besserstellung des Sachunkundigen gegenüber dem Sachkundigen, für die kein Grund vorliegt.

Die Denkschrift empfand wohl das richtige als sie die Forderung des Kausalzusammenhangs aufstellte, doch war der Weg, den sie mit dieser Forderung einschlug, nicht glücklich gewählt. Im Wege der Analogie, durch Vergleichung des Handelsregisters mit den Re-

gistern des B.G.B. insbesondere dem Güterrechtsregister finden wir das Richtige.

Rauch in seiner Schrift: „Grenzen der negativen Publizität des H.R." S. 454, bildet den Cosackschen Fall um für das Güterrechtsregister: „A und B leben in allgemeiner Gütergemeinschaft, die auch im Güterrechtsregister eingetragen wurde; durch nachträglichen Ehevertrag wurde dieser Güterzustand jedoch wieder aufgehoben und Verwaltungsgemeinschaft vereinbart, aber nicht ins Register eingetragen. Durch Verschulden der Frau werden zwei vorübergehende Personen, D und E verletzt. Dem D war die Aufhebung der allgemeinen Gütergemeinschaft bekannt, dem E unbekannt. E will den Mann persönlich in Anspruch nehmen."

Nach § 1435 B.G.B. können aus der auf Grund eines Ehevertrages erfolgten Änderung des in das Güterrechtsregister eingetragenen Güterstandes Einwendungen nur hergeleitet werden, wenn die Änderung in das Güterrechtsregister des zuständigen Amtsgerichts eingetragen oder dem Dritten bekannt war. Dieser Satz gilt jedoch nicht uneingeschränkt, vielmehr können Einwendungen aus einer Änderung des Güterstandes bei Nichteintragung ins Güterrechtsregister oder bei Unkenntnis des Dritten nur dann nicht vorgebracht werden, wenn sie sich auf ein zwischen dem Dritten und dem Ehegatten abgeschlossenes Rechtsgeschäft oder auf ein zwischen ihnen ergangenes rechtskräftiges Urteil beziehen. Da es sich in unserem Falle weder um ein Rechtsgeschäft noch um ein rechtskräftiges Urteil handelt, sondern vielmehr um einen Deliktsanspruch seitens des Dritten gegen die Ehefrau des Beklagten, so kann der belangte Ehemann die Einwendung des veränderten Güterstandes hier dem Dritten entgegensetzen.

Rauch folgert hieraus als allgemeines Registerprinzip: „Nur bei rechtsgeschäftlichem Verhalten bedarf der Dritte des Schutzes; nur hier kann von einem Vertrauen auf das Register die Rede sein."

Auch bei den übrigen Registern des B.G.B. sowohl beim Vereinsregister, § 68 B.G.B., wie beim Grundbuch, § 892 B.G.B., ist der Schutz Dritter nur hinsichtlich des rechtsgeschäftlichen Verkehrs gegeben. Man kommt also im Wege der Analogie zu dem zweifellos richtigen Ergebnis, daß die Wirkung des § 15 Abs. 1 H.G.B. sich auf den rechtsgeschäftlichen und den Prozeßverkehr beschränkt, Deliktsansprüche und Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung auszuscheiden haben. (Siehe auch Staub § 15, Anm. 3.)

§ 26. Sonderheiten der schweizerischen Kollektivgesellschaft im Hinblick auf das deutsche Recht.

Wir haben bereits im § 4 dieser Arbeit den rechtlichen Begriff der schweizerischen Kollektivgesellschaft erörtert, im § 5 die hauptsächlichsten Unterschiede der O.H.G. und der Kollektivgesellschaft er-

wähnt. Die Kollektivgesellschaft läßt sich definieren als eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Gewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist und bei welcher die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern bei keinem der Gesellschafter beschränkt ist. Die Kollektivgesellschaft ist, wie wir schon im § 4 dieser Arbeit ausführten, gleiches gilt für die Kommanditgesellschaft des schweizerischen Rechts keine juristische Person. Beide Gesellschaften sind Personen und nicht Kapitalvereinigungen (O.R. 532, 555, 594, 338). Nach richtiger Ansicht ist die Kollektivgesellschaft ebenso wie die offene Handelsgesellschaft eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, sie ist eine personenrechtliche und damit auch vermögensrechtliche Gemeinschaft, die nach außen unter einer Firma als Einheit auftritt.

Die Theorie der juristischen Persönlichkeit stützt sich in der Schweiz auf die Eigentümlichkeit der Kollektivgesellschaft, die sie mit der offenen Handelsgesellschaft gemein hat, nämlich darauf, daß sie unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte, auch an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden kann (O.R. 559).

Ein Vergleich von O.R. 559 mit Art. 625 O.R. ist zur Widerlegung dieser Ansicht lehrreich. 625 O.R. lautet fast wie O.R. 559, nur ist gesagt, daß die Aktiengesellschaft „selbständig" ihre Rechten und Pflichten hat. Dieser Ausdruck fehlt in Art. 559. Dieselbe Erscheinung beobachten wir übrigens im deutschen Recht. § 124 Abs. 1 H.G.B. lautet ebenso wie O.R. Art. 559, für die A.G. gebraucht aber das Gesetz in § 210 H.G.B. — ebenso wie in 625 O.R. — den Ausdruck „ selbständig". Schon diese Abweichung im Gesetzestext zeigt uns sowohl für das deutsche wie das schweizerische Recht, daß der Gesetzgeber diese beiden Gesellschaftsformen verschieden behandelt wissen will.

Die sonstigen hauptsächlichsten Unterschiede habe ich bereits im § 5 dieser Arbeit behandelt. Es sind dies, um es nocheinmal hervorzuheben

1. die Zulassung der Minderkaufleute zur Kollektivgesellschaft;
2. die anders geregelte Gewinn- und Verlustverteilung (O.R. 556 und 557) und
3. die Minderung der Haftung der Kollektivgesellschafter durch die nur subsidiäre Haftung derselben.

Eingehend auf diese Punkte einzugehen, verbietet der Rahmen dieser Arbeit, den ersteren habe ich schon ziemlich ausführlich in § 5 behandelt. Dieser erstere Punkt ergibt sich aus O.R. 552, Abs. 3: „Gesellschafter für andere als die im ersten Absatz bezeichneten Zwecke können Kollektivgesellschafter werden, wenn sie sich als solche in das Handelsregister eintragen lassen."

Es können somit alle einfachen Gesellschaften, welchen Gesellschaftszweck sie auch verfolgen, durch Eintragung zur Kollektivgesellschaft werden. Eine solche Gesellschaft braucht kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe, kein Handels- und kein Fabrikationsgewerbe zu betreiben. Wir unterscheiden daher nach Schweizer Recht die kaufmännische Kollektivgesellschaft und die nichtkaufmännische Kollektivgesellschaft. Der Unterschied ist folgender: Bei der kaufmännischen Kollektivgesellschaft, also wenn zwei oder mehrere Personen ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Geschäft betreiben, ist die Kollektivgesellschaft ohne weiteres durch diesen gemeinsamen Betrieb unter gemeinschaftlicher Firma gegründet. Sie kann schon vor der Eintragung als Kollektivgesellschaft Rechte erwerben und Pflichten eingehen, unter der Firma klagen und beklagt werden. Die Eintragspflicht ist lediglich eine Ordnungsvorschrift.

Betreiben dagegen mehrere Personen ein anderes nicht nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe, wenn auch auf gemeinsame Rechnung und unter gemeinsamen Namen, in der Form, wie sie bei Kollektivgesellschaften üblich ist, z. B. Architekten, Advokaten, aber auch Handwerker, so ist vor der Eintragung der gemeinsamen Firma keine Kollektivgesellschaft vorhanden.

Vor der Eintragung haften sie zwar auch solidarisch für die Geschäftsschulden, die sie gemeinsam oder durch einen gemeinsamen Stellvertreter eingegangen sind; aber obgleich sie unter gemeinsamer Firma zeichnen, so riskiert doch jeder einzelne, daß er sofort unmittelbar von dem Gläubiger belangt werde, und die Geschäftsgläubiger haben keinen Vorzug auf das Gesellschaftsvermögen im Konkurs.

Eine solche Firma kann auch weder Eigentum erwerben, noch vor Gericht klagen oder beklagt werden (siehe Curti H.R. S. 230), ebenso Schneider und Fick zu O.R. Note 12, Art. 552. Die Eintragung hat konstitutive Wirkung, sie ist unerläßlich, denn die nichtkaufmännische oder gewillkürte Kollektivgesellschaft hat ihren Anfang rechtlich erst mit der Eintragung. Den Vorteil der subsidiären Haftung, den die Gesellschafter der rechtsgültigen Kollektivgesellschaft nach Art. 564 Abs. 3 O.R. für sich in Anspruch nehmen können, können die Gesellschafter der gewillkürten Kollektivgesellschaft für sich nicht in Anspruch nehmen.

Eine derartige Konstruktion, wie die gewillkürte Kollektivgesellschaft, die erst mit der Eintragung rechtlich ihren Anfang nimmt, ist dem deutschen Recht völlig unbekannt. Nach § 4 Abs. 2 H.G.B. können Vereinigungen von Minderkaufleuten niemals offene Handelsgesellschaften, sondern nur Gesellschaften des bürgerlichen Rechtes bilden. Auf die Eigentümlichkeit der subsidiären Haftung des Kollektivgesellschafters kommen wir noch ausführlich zu sprechen, wenn wir von der Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters sprechen.

Was unter Handels-, Fabrikations- und anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerben zu verstehen ist, habe ich bereits in § 5 dieser Arbeit an Hand der Bestimmungen der bundesrätlichen Verordnung Art. 13 Ziffer 1 über das Handelsregister und das Handelsamtsblatt vom 6. Mai 1890 dargelegt (Definition des Handelsgewerbes § 1 bis 3 D.H.G.B., § 105 H.G.B. Zweck der O.H.G., Betrieb eines Handelsgewerbes).

Was die Gewinn- und Verlustverteilung betrifft, so möchte ich kurz den Unterschied gegenüber dem deutschen Rechte streifen, da ich in der Regelung dieser Frage ohne weiteres dem deutschen Recht den Vorzug gebe. Der Gewinn oder Verlust ist nach O.R. 556 so zu berechnen, daß in der Bilanz nicht nur die gewöhnlichen Gesellschaftsschulden als Passiven eingestellt werden, sondern auch die jedem Gesellschafter für sein eingelegtes Kapital zuzuschreibenden 4 Prozent Zinsen, sowie ein allenfallsiges Honorar, wenn es ihm zum Voraus zugesichert war. Also selbst wenn das Geschäftsergebnis des verflossenen Jahres ein schlechtes und ein Defizit zu verzeichnen ist, sind dem Gesellschafter 4 Prozent Zinsen und das zugesicherte Honorar auf Verlangen auszubezahlen oder gutzuschreiben. Die 4 Prozent Zinsen für das eingelegte Kapital des Gesellschafters sowie das allenfallsige Honorar werden als Gesellschaftsschuld behandelt.

Das Schw.O.R. folgt hier wieder dem alten deutschen H.G.B., das ebenfalls die Kapitalanteile der Gesellschafter als fremdes Kapital betrachtete und die unbedingte Gutschreibung von 4 Prozent Zinsen vorschrieb. (Siehe Art. 106 des Allgem. D.H.G.B.) Die Gutschrift trug hier ebenfalls den Charakter einer festen Verzinsung. Die Folge einer solchen Regelung ist, daß Gesellschafter mit großer Kapitaleinlage auch wenn sie nichts leisten, großen Gewinn erzielen, während die mit kleiner Kapitaleinlage trotz ihrer Arbeit in schlechten Jahren gar keinen Gewinn erzielen, sondern im Gegenteil auch noch die Verzinsung des Kapitalanteiles der übrigen Gesellschafter mittragen müssen.

Das neue D.H.G.B. hat in § 121 Abs. 1 diesem Mangel abgeholfen. Von dem Jahresgewinn gebührt jedem Gesellschafter zunächst ein Anteil in vier vom Hundert. Reicht aber der Jahresgewinn hierzu nicht aus, so bestimmen sich die Anteile nach diesem entsprechend niedrigeren Satz. Wenn also der Gewinn zur Auszahlung der 4 Prozent nicht ausreicht, so wird ein entsprechend niedrigerer Satz berechnet. Die Gutschrift hat nicht mehr den Charakter einer festen Verzinsung des Kapitalanteiles, sondern den eines Gewinnanteiles, wenn kein Gewinn vorhanden ist, wird keine Dividende ausbezahlt. (Siehe Düringer-Hachenburg § 121 Anm. 2.)

Ich habe jetzt hinreichend die schweizerische Kollektivgesellschaft im allgemeinen Vergleiche zur O.H.G. behandelt, um zum eigentlichen Thema dieser Arbeit, dem Ausscheiden eines Gesellschafters nach Schweizer-Recht übergehen zu können. Registereintrag und

Form der Anmeldung der Kollektivgesellschaft zum Eintrag richten sich nach O.R. Art. 553 und 554. (D.H.G.B. § 106, 107 und 108.)

§ 27. Die Auflösung der Kollektivgesellschaft und der Austritt einzelner Gesellschafter nach schweizerischem Recht mit Rücksicht auf das deutsche Recht.

Wir finden die einschlägigen Artikel in Abschnitt IV des 24. Titels des schw. O.R., die Kollektivgesellschaft betreffend (Art. 572 bis 579). Weiterhin von Interesse sind für uns die Artikel 585 bis 589, Verjährung der Klagen gegen die Gesellschafter betreffend, Abschnitt VI desselben Titels.

Art. 572 lautet: „Die Kollektivgesellschaft wird aufgelöst durch Konkurs der Gesellschaft. Im übrigen gelten über die Auflösung einer Kollektivgesellschaft die für die einfache Gesellschaft aufgestellten Bestimmungen der Artikel 545 bis 551, mit den in den nachfolgenden Artikeln enthaltenen Abweichungen." Wir finden hier also für die Auflösung einer Gesellschaft in Art. 572 Abs. 2 eine Verweisung auf die Regeln der einfachen Gesellschaft. Dies erinnert lebhaft an die Verweisung im deutschen Recht (§ 105 Abs. 2 H.G.B.), die aber dort ganz allgemein für alle Titel des Abschnittes „offene Handelsgesellschaft" gilt. „Auf die O.H.G. finden, soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches über die Gesellschaft Anwendung."

Eine solche allgemeine Verweisung gibt es im schweizerischen Recht für die Kollektivgesellschaft nicht, sie müßte in Art. 552 enthalten sein. Nur in dem uns besonders interessierenden IV Abschnitt des 24. Titels O.R. über die Auflösung und den Austritt einzelner Gesellschafter wird bezüglich der Auflösung auf die Art. 545 und 551 der einfachen Gesellschaft verwiesen.

Die übrigen Auflösungsgründe, abgesehen von Konkurs, sind also für die Kollektivgesellschaft die gleichen, wie für die einfache Gesellschaft. Nach Art. 545 wird die Gesellschaft aufgelöst

1. wenn der Zweck, zu welchem sie abgeschlossen wurde, erreicht oder wenn dessen Erreichung unmöglich geworden ist;
2. wenn ein Gesellschafter stirbt und für diesen Fall nicht schon vorher vereinbart ist, daß die Gesellschaft mit den Erben fortbestehen soll;
3. wenn der Liquidationsanteil eines Gesellschafters zur Zwangsverwertung gelangt oder ein Gesellschafter in Konkurs fällt oder bevormundet wird;
4. durch gegenseitige Übereinkunft;
5. durch Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die Gesellschaft eingegangen worden ist;

6. durch Kündigung von Seiten eines Gesellschafters, wenn eine solche im Gesellschaftsvertrag vorbehalten oder wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Dauer oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen worden ist;
7. durch Urteil des Richters im Falle der Auflösung aus einem wichtigen Grunde.

Aus wichtigen Gründen kann die Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der Vertragsdauer oder wenn sie auf unbestimmte Dauer abgeschlossen ist, ohne vorherige Aufkündigung verlangt werden.

Wir wollen zunächst die parallelen Bestimmungen des B.G.B. über die deutsche bürgerliche Gesellschaft § 723 bis 729 vergleichsweise heranziehen, um dann noch auf die Bestimmungen des D.H.G.B. über die offene Handelsgesellschaft zurückzukommen. Das D.H.G.B. stellt in § 723 bis 729 die Auflösungsgründe der bürgerlichen Gesellschaft auf und zwar sind dies um sie uns kurz vor Augen zu führen:

1. die Kündigung von Seiten eines Gesellschafters, § 723 und 724;
2. die Kündigung seitens eines Gläubigers eines Gesellschafters, § 725;
3. die Erreichung oder das Unmöglichwerden des Zweckes der Gesellschaft, § 726 und
4. der Tod eines Gesellschafters, § 727;
5. die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters.

Art. 545 Nr. 4 und 5 nämlich Ablauf der Zeit und gegenseitige Übereinkunft des Gesellschafters sind im deutschen Gesetz nicht ausdrücklich als Auflösungsgründe erwähnt, weil sich ihre Zulässigkeit und Bedeutung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt, ebenso wie der Eintritt einer auflösenden Bedingung, unter welcher die Gesellschaft geschlossen wurde, natürlich zu den Auflösungsgründen zählt, nach deutschem und nach schweizerischem Recht.

Eine Abweichung gibt nur § 725 B.G.B. im Vergleich zu Art. 545 Ziffer 3. Nach § 725 B.G.B. kann der Gläubiger die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn er die Pfändung des Anteils eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen erwirkt hat, soferne der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist. Nach Art. 545 Ziffer 3 wird die schweizerische einfache Gesellschaft sofort aufgelöst, wenn der Liquidationsanteil eines Gesellschafters zur Zwangsverwertung gelangt.

Doch spielt dieser Unterschied für die Kollektivgesellschaft keine Rolle, da von den aufgezählten Auflösungsgründen des Art. 545 O.R. gerade Ziffer 3 für die Kollektivgesellschaft nicht gilt. Die Zwangsverwertung des Liquidationsanteils oder der Konkurs eines Gesellschafters führen die Auflösung der Kollektivgesellschaft nicht notwendig herbei, sondern geben dem Gläubiger nur ein Recht, die Auf-

lösung durch Kündigung zu verlangen. (Art. 573 Abs. 2, Art. 574 O.R.)

Wir kommen für diesen Fall bei der Kollektivgesellschaft zu derselben Regelung wie bei der offenen Handelsgesellschaft. Art. 574 O.R. lautet: „Hat ein Privatgläubiger eines Gesellschafters diesen bezüglich seines Privatvermögens erfolglos betrieben, und gemäß Absatz 2 des Art. 569 Exekution oder Beschlagnahme auf das bei der Auflösung diesem zukommende Guthaben ausgewirkt, so ist er berechtigt, unter Beobachtung einer mindestens sechsmonatlichen Kündigungsfrist die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, mag die Gesellschaft auf bestimmte oder auf unbestimmte Dauer eingegangen sein."

Die Wirkung einer solchen Kündigung kann jederzeit, solange die Auflösung nicht vollzogen ist, von der Gesellschaft oder den übrigen Gesellschaftern durch Befriedigung des kündigenden Privatgläubigers abgewendet werden.

Wir stoßen hier auf die gleiche Behandlung dieser Rechtslage im deutschen wie im schweizerischen Recht, die gleiche Regelung mit einigen Abweichungen im H.G.B. § 135. Dort heißt es: „Hat ein Privatgläubiger eines Gesellschafters, nachdem innerhalb der letzten 6 Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen eines Gesellschafters ohne Erfolg versucht ist, auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf dasjenige erwirkt, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, so kann er die Gesellschaft ohne Rücksicht darauf, ob sie für bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist, 6 Monate vor dem Ende des Geschäftsjahres für diesen Zeitpunkt kündigen."

Nach deutschem Recht muß also die Zwangsvollstreckung innerhalb der letzten 6 Monate ohne Erfolg versucht sein, der Schuldtitel darf nicht bloß vorläufig vollstreckbar sein, die Kündigungsfrist ist ebenfalls eine sechsmonatliche, ebenso ist es gleichgültig, ob die Gesellschaft für bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist.

Im übrigen gelten gerade im deutschen Recht für die O.H.G. trotz der Verweisung des § 105 Abs. 2 auf die bürgerliche Gesellschaft für die Auflösungsgründe die zum Vergleich mit Art. 545 O.R. herangezogenen Bestimmungen des B.G.B. § 723 bis 728 nicht. § 105 Abs. 2 trifft ja die Einschränkung „soweit in diesem Abschnitt nichts anderes vorgeschrieben ist".

Wir finden nun im 4. Titel des Abschnittes O.H.G. die Auflösungsgründe der O.H.G. in § 131 H.G.B. eigens aufgezählt; wir haben also die Erscheinung, daß in dem Spezialfalle, in dem das Schweizer Recht von der Kollektivgesellschaft auf die einfache Gesellschaft verweist, das deutsche Recht die allgemein für die O.H.G. geltende Verweisung auf die bürgerliche Gesellschaft durch eigens getroffene Bestimmung im 4. Titel des 1. Abschnittes des 2. Buches des H.G.B.: „O.H.G.", aufhebt.

Nach § 131 H.G.B. wird die O.H.G. aufgelöst:

1. durch Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen ist,;
2. durch Beschluß der Gesellschafter;
3. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft;
4. durch den Tod eines Gesellschafters, soferne nicht aus dem Gesellschaftsvertrag sich ein anderes ergibt;
5. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters;
6. durch Kündigung und durch gerichtliche Entscheidung.

Und hier stoßen wir auf einen wichtigen Unterschied zum schweizerischen Rechte. Die gesetzlichen Gründe der Auflösung sind im D.H.G.B. § 131 erschöpfend aufgezählt, wie der Wortlaut des Gesetzes klar ergibt. Es können also nicht die weiteren Auflösungsgründe, wie sie das B.G.B. für die bürgerliche Gesellschaft in Übereinstimmung mit dem schw. O.R. kennt, — nämlich Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks oder dessen Erreichung (siehe B.G.B. § 726, O.R. Art. 545 Ziffer 1 — zur Ergänzung herangezogen werden (siehe Staub § 131 Anm. 5, D. 104; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. 11 zu § 131).

Wir kommen also zu dem Resultat, daß gemäß Art. 572 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 545 die Kollektivgesellschaft aufgelöst wird, wenn der Zweck, zu welchem sie abgeschlossen wurde, erreicht oder wenn dessen Erreichung unmöglich geworden ist, ebenso wie die bürgerliche Gesellschaft des deutschen Rechtes nach § 726 B.G.B., nicht aber die O.H.G. in diesem Falle nach § 131 D.H.G.B.

Der Eintritt eines Auflösungsgrundes nach schweizerischem Recht bewirkt die Auflösung von Rechtswegen, ausgenommen die Fälle von Art. 545 Ziffer 2 und Art. 575 O.R. Art. 545 Ziffer 2 habe ich schon zitiert, die parallele Bestimmung findet sich in H.G.B. § 131, 4: „Die offene Handelsgesellschaft wird aufgelöst durch den Tod eines Gesellschafters, soferne sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrag ein anderes ergibt." Den Artikel 575 werden wir noch eingehend besprechen müssen. Er bildet die Grundlage des Fortbestehens der Gesellschaft trotz des Ausscheidens eines oder mehrerer Gesellschafter.

Keine Auflösungsgründe sind der Ausschluß eines Gesellschafters (Art. 576) und der Beschluß des Ausscheidens Art. 577 O.R., mit Ausnahme von Art. 577 Abs. 2 und Art. 578, in welchem letzteren Falle naturgemäß keine Gesellschaft mehr, sondern nur eine Einzelfirma besteht. (Siehe Fick O.R. Art. 572 Abs. 5.)

In Art. 573, 2 O.R. finden wir übrigens einen Satz, für den wir im D.H.G.B. vergeblich eine Parallele suchen. Es heißt da nämlich: „Die Eröffnung des Konkurses der Gesellschaft hat den Konkurs der einzelnen Gesellschafter nicht ohne weiteres zur Folge, ebensowenig

begründet der Konkurs einzelner Gesellschafter den Konkurs der Gesellschaft."

Dieser Grundsatz erscheint uns heute eigentlich selbstverständlich. Es handelt sich um das Prinzip der Separation von Privat- und Gesellschaftskonkurs und ihrer Unabhängigkeit von einander. Dem deutschen Handelsgesetzbuch fehlt eine derartige Bestimmung. Doch daß dieser Grundsatz auch für das jetzige deutsche Recht gilt, geht aus der deutschen K.O. § 209 ff., insbesondere aus dem im Laufe dieser Arbeit bereits besprochenen § 212 K.O. hervor. Die Geltung dieses Prinzips ergibt sich schon aus der ganzen Anlage des Gesetzes: Ein Konkurs wird nie von amtswegen eröffnet, sondern immer nur auf Antrag (siehe § 103 K.O.).

Ein Blick auf die historische Entwicklung und das Recht der romanischen Länder geben uns die Rechtfertigung dieser ausdrücklichen Bestimmung des schweizerischen O.R., deren Ursprung in dem Entwurf Munzinger zu suchen ist, (vom 14. Juni 1881). In Frankreich besteht z. B. keine ausdrückliche Vorschrift. Doch nimmt die herrschende Lehre an, der Firmakonkurs ziehe notwendig den Konkurs der einzelnen Teilhaber nach sich (siehe Fuzier-Herman, ebenso Pic). Diese Ansicht wird gestützt auf die Art. 438 Ziffer 2, 458 und 531 des Code de commerce. Art. 438 Ziffer 2 trifft die Bestimmung, daß im Falle des Konkurses über eine Kollektivgesellschaft die Erklärung der Zahlungseinstellung den Namen und die Angabe des Wohnsitzes jedes einzelnen Gesellschafters enthalten muß. Aus diesem Umstand ersieht man, wird behauptet, daß auch über die Teilhaber der Konkurs zu eröffnen sei. Art. 458 bestimmt, eine Siegelung habe nicht nur am Hauptsitze der Gesellschaft zu erfolgen, sondern auch am Wohnsitze jedes einzelnen Teilhabers, — ein weiterer Beweis nach der herrschenden Ansicht, daß der Firmenkonkurs den der Gesellschafter nach sich ziehe. Art. 531 endlich bestimmt, daß beim Konkurs einer Kollektivgesellschaft gewisse Gesellschafter einen persönlichen Vergleich erlangen können und die Mehrzahl der französischen Juristen bemerkt hierzu: Da nur im Konkurs befindliche Gesellschafter einen Vergleich schließen können, so ist beim Konkurs der Société en nom collectif auch der Konkurs über die einzelnen Gesellschafter von amtswegen zu eröffnen.

Unter dem Einfluß der französischen Doktrin ist in den Gesetzen Italiens, Rumäniens, Argentiniens und anderer romanischer Länder ausdrücklich der Satz ausgesprochen, daß der Firmenkonkurs notwendiger Weise den Gesellschaftskonkurs nach sich ziehe (siehe Kohler, Leitfaden). Das italienische Gesetz bestimmt, das für die Eröffnung des Gesellschaftskonkurses zuständige Gericht erkläre durch ein und denselben Spruch den Konkurs sowohl über die Gesellschaft als auch über deren Mitglieder. In bezug auf Inventurerrichtung, Verwaltung und Liquidation sollen die Massen aber doch getrennt gehalten werden. Es ist für jede Masse eine besondere Gläubigerver-

sammlung zu bilden. Doch hat das Gericht in seinem Spruch den Namen und das Domizil der einzelnen Teilhaber anzugeben und ein einziger guidice delegato und ein einziger Kurator wird für alle Konkurse ernannt. (Vergl. Kohler S. 78, ebenso Moor Diss.)

Aber auch bei uns in Deutschland schrieb die alte preußische Konkursordnung von 1855 in § 287 Abs. 2 vor: „zugleich (mit Eröffnung des Gesellschaftskonkurses) muß über das Privatvermögen eines jeden persönlich haftenden Gesellschafters der Konkurs eröffnet werden." Die gleichzeitige Eröffnung der Privatkonkurse wurde deshalb für notwendig gehalten, weil man dachte, die Teilhaber einer Gesellschaft, die in Konkurs zu fallen droht, würden dadurch veranlaßt, mit ihrem Privatvermögen zu Hilfe zu kommen. (Vergl. Z.H.R., Band XII, S. 139.) Die gleiche Bestimmung war in Art. 395 Abs. 2 des Entwurfes eines H.G.B. für die preußischen Staaten aus dem Jahre 1857 enthalten. Das Allgem. d. H.G.B. enthielt darüber keine Bestimmung mehr; die Regelung dieser Frage war der Landesgesetzgebung überlassen, die sie meistens in den Einführungsgesetzen zum Allgem. d. H.G.B. in dem Sinne der preußischen Konkursordnung ordnete. Keine Bestimmung enthielten die Einführungsgesetze von Hannover, Oldenburg, Hamburg, Lübeck und Frankfurt. Die wirklich völlige Unabhängigkeit der Privatkonkurse war nur im Einführungsgesetz von Nassau anerkannt (vergl. Z.H.R., Band VI, S. 41 ff., S. 52 bis 58). Das württembergische Einführungsgesetz erklärte die Anerkennung des Gesellschaftskonkurses als genügenden Grund um von amtswegen zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger provisorische Sicherungsmaßregeln zu treffen; der Konkurs der Gesellschafter wurde aber nicht notwendiger Weise sofort mit dem Gesellschaftskonkurs eröffnet. Bayern, Kurhessen und Braunschweig ließen die Eröffnung des Privatkonkurses nach eröffnetem Gesellschaftskonkurs vom Antrag eines Firmengläubigers abhängen. Sonst bestand nicht nur in Preußen, sondern auch in den meisten übrigen deutschen Staaten „jene unnatürliche Verkettung des Gesellschaftskonkurses und der Privatkonkurse" fort. (Vergl. Z.H.R., Band XII, S. 141.)

Erst die Konkursordnung für das deutsche Reich von 1877 hob diesen Rechtszustand auf und die neue deutsche Konkursordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 hielt daran fest. Das H.G.B. enthält hierüber gar keine Bestimmung; doch, wie oben ausgeführt, ersehen wir aus der Konkursordnung, insbesondere aus dem § 103: „das Verfahren kann nur auf Antrag eröffnet werden" und insbesondere auch aus dem im deutschen Teil der Arbeit schon ausführlich besprochenen § 212 K.O., daß jetzt auch in Deutschland das Prinzip der Trennung der Privatkonkurse vom Gesellschaftskonkurs gilt. Die österreichische K.O. aber schreibt heute noch im § 199 vor, gleichzeitig mit der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses müsse über das Privatvermögen eines jeden Gesellschafters der Konkurs ver-

hängt werden. Wir sehen also, daß die ausdrückliche Vorschrift des Art. 573 Abs. 2 O.R. wohl ihre Berechtigung hat. Nach schweizerischem Recht müssen also sowohl für die Gesellschaft als auch für die einzelnen Gesellschafter die betreibungsrechtlichen Voraussetzungen für die Konkurseröffnung vorliegen. (Siehe Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 39, 40, 41, 190.)

Die Wechselwirkungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter bestehen lediglich darin, daß im Privatkonkurs des Gesellschafters dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen zu seiner Privatkonkursmasse gezogen wird, und daß ihn seine Mitgesellschafter ausschließen können, (Art. 577), und daß mit dem Momente des Konkursausbruches über die Gesellschaft — durch diesen wird die Gesellschaft nach Art. 572 Abs. 1 aufgelöst — der einzelne Gesellschafter für eine Gesellschaftsschuld nach Art. 564 Abs. 3 persönlich belangt werden kann. Eine weitere Wirkung ergibt sich noch aus dem besprochenen Artikel 574 im Zusammenhang mit Art. 569 und 570 O.R.

Noch einige Bemerkungen möchte ich an O.R. Art. 545 Abs. 2 knüpfen, der nach Art. 572 Abs. 2 ebenfalls für die Kollektivgesellschaft von Bedeutung ist. Er lautet, wie schon oben zitiert: „Aus wichtigen Gründen kann die Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der Vertragsdauer, oder, wenn sie auf unbestimmte Dauer abgeschlossen worden ist, ohne vorherige Kündigung verlangt werden." Dieser Artikel 545 Abs. 2 entspricht unserem § 133 H.G.B. § 133 Abs. 2 H.G.B. führt allerdings als wichtige Gründe an: „Wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt, oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird."

In Anm. 2 zu § 133 sagt Staub: „Wichtige Gründe liegen vor, wenn dem betreffenden Teil nicht zuzumuten ist, die Gesellschaft ferner fortzusetzen, weil die Voraussetzungen des Gedeihens der Gesellschaft, sei es aus persönlichen, sei es aus sachlichen Gründen, nicht mehr vorliegen."

Dieses Prinzip gilt auch im schweizerischen Recht. Das Bundesgericht hat wiederholt erklärt: „Die Gründe, aus welchen nach Art. 545 Abs. 2 die Auflösung verlangt werden kann, müssen derart sein, daß sie die wesentlichen Voraussetzungen, unter denen der Vertrag geschlossen wurde, als hinfällig erscheinen lassen, so daß die Erreichung des Gesellschaftszwecks in der beim Abschluß des Vertrages beabsichtigten Art unmöglich oder wesentlich erschwert ist." B.E. XXIV, 24 (C. 2921); B.E. XVI, 108 (C. 2918); B.E. XXX, 453 für die Kommanditgesellschaft. Die Klage auf Auflösung steht jedem Gesellschafter zu, — bei der Kommanditgesellschaft dem Kommanditisten und dem Komplementar und muß gegen jeden Gesellschafter gerichtet sein, der nicht selbst die Zustimmung zur Auflösung gegeben hat. B.E. XXIV, 25 (C.2934). Den Auflösungsgrund bildet hier

die als Erlöschungsgrund in Betracht fallende Tatsache. O.R. Art. 545, 2 stattet hier einen Tatbestand mit einer Rechtsfolge aus, welcher nicht von vorneherein wegbedungen, auf welchen nicht zum voraus verzichtet werden kann. B.E. XVI, 51 (C. 2917).

In Anm. 12 zu § 545 führt nun der Kommentar von Schneider und Fick eine Reihe von schweizerischen Gerichtsentscheidungen an, darüber, was als wichtiger Grund zur Auflösung zu betrachten sei. Habituelles Hasardspiel ist nicht schlechterdings ein Auflösungsgrund, sondern nur, wenn der Spieler seiner Leidenschaft in einer Weise fröhnt, daß er dadurch seine wirtschaftliche Lage oder Kredit und Ruf der Gesellschaft und der Gesellschafter gefährdet und dadurch das ihm beim Abschluß des Vertrages entgegengebrachte Vertrauen verscherzt B.E. XVI, 769 (C. 2918).

Strafbare Handlungen eines Gesellschafters gegen den anderen (Unterschlagungen), überhaupt Handlungen, die sich als Bruch des Vertrauens darstellen, wie z. B. Ausbeutung der eigenen geschäftlichen Überlegenheit gegenüber einem Mitgesellschafter sind ein wichtiger Grund im Sinne des Gesetzes. B.E. XX, 572 (C. 2919). Darin, daß ein Gesellschafter, um sich Geldmittel für das Geschäft zu beschaffen, dritte Personen um Darlehen anging und dabei notwendigerweise auch Angaben über den Gang des Geschäftes machte, liegt kein vertragswidriges Verhalten, das die Auflösung aus einem wichtigen Grunde rechtfertigen würde. B. E. XVI, 353 (C. 2917). Kein Gesellschafter kann als Auflösungsgrund sein eigenes schuldhaftes Handeln bzw. die dadurch herbeigeführte Störung des Verhältnisses der Gesellschafter geltend machen. Einer solchen Klage steht die Einrede der Arglist gegenüber B.E. XII, 195.

Dagegen ist es nicht nötig, daß der wichtige Grund stets auch subjektiv in der Person eines Gesellschafters oder in einem moralischen Verschulden gegeben sein müsse. Vielmehr genügt lediglich, daß objektive Gründe vorliegen, die die richterliche Auflösung rechtfertigen, z. B. Unrentabilität des Geschäftes, langandauernde Krankheit eines Gesellschafters. z.R. IV Nr. 98. Der an der Vertragsauflösung unschuldige Gesellschafter hat einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den schuldigen, ebenso derjenige, der zu Unrecht beschuldigt wurde einen wichtigen Grund zur Auflösung gegeben zu haben B.E. XVI, 353 (C. 2917), B.E. XXIV, 186, (C. 2921). Auch der Dritte, der erst in Zukunft ein Recht auf Eintritt in eine Gesellschaft hat, kann bei vorzeitiger Auflösung wegen eines wichtigen Grundes die schuldigen Gesellschafter auf Schadensersatz verklagen. B.E. XXIII 659 (C. 2920). Bei der einfachen Gesellschaft ist im Gegensatz zur Kol- eines oder mehrerer Gesellschafter die Gesellschaft unter den übrigen Beschluß, sei es durch richterlichen Entscheid, unzulässig. Ein Ausschluß durch einfachen Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter ist wie bei der O.H.G. so auch bei der Kollektivgesellschaft unzulässig. B.E. XXIV, 2, S. 186. (C. 2921).

§ 28. Der Fall des Artikels 575, verglichen mit § 138 H.G.B., sowie die Regelung der Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter nach schweizerischem Recht.

Artikel 575 O.R. lautet: „Wenn die Gesellschafter vor der Auflösung übereingekommen sind, daß ungeachtet des Ausscheidens eines oder mehrerer Gesellschafter die Gesellschaft unter den übrigen fortgesetzt werden soll, so endigt dieselbe nur für die Ausscheidenden; im Übrigen besteht sie mit allen ihren bisherigen Rechten und Verbindlichkeiten fort." Wir finden hier die parallele Bestimmung zu § 138 H.G.B.: „Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt oder stirbt, oder wenn der Konkurs über sein Vermögen eröffnet ist, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so scheidet mit dem Zeitpunkte, in welchem mangels einer solchen Bestimmung die Gesellschaft aufgelöst werden würde, der Gesellschafter, in dessen Person das Ereignis eintritt, aus der Gesellschaft aus."

Ich habe diesen Paragraphen des H.G.B. ausführlich im deutschen Teil der Arbeit besprochen. Bei der Schwierigkeit der in Frage kommenden Materie war eine Trennung des deutschen und schweizerischen Rechts unerläßlich, um keine Verwirrung in den an sich komplizierten Stoff zu bringen, wir können ja bei der Besprechung der schweizerischen Bestimmungen immer einen kurzen vergleichenden Rückblick auf die bereits besprochenen einschlägigen Paragraphen des H.G.B. werfen. Bei dem Vergleich von § 138 mit Art. 575 fällt es sofort auf, daß bei Artikel 575 der in § 138 erwähnte Konkursfall ausgeschieden ist. Wir finden dafür die Erklärung in dem nachfolgenden Artikel 577 O.R., der den Fall, daß ein einzelner Gesellschafter in Konkurs fällt, gesondert behandelt.

Eine Übereinkunft, wie sie der Art. 575 vorsieht, die übrigens sowohl im Gesellschaftsvertrage enthalten sein kann, als auch nachher bis zur effektiven Auflösung der Gesellschaft Art. 572 stattfinden kann, bezieht sich nur auf das freiwillige oder unfreiwillige Ausscheiden eines Gesellschafters, also auf die Fälle Kündigung und Tod. Kommt auf diese Weise ein freiwilliger Austritt eines Gesellschafters aus der Gesellschaft vor, so geschieht dies auf Grund einer besonderen Vereinbarung zwischen den austretenden und den verbleibenden Gesellschaftern, wonach keine Liquidation erfolgen soll, sondern der Austretende abgefunden und die Gesellschaft unter den übrigen fortgesetzt werden soll. (Siehe Curti H.R.S. 252.) Der Anteil des Austretenden ist zu ermitteln — worüber gewöhnlich der Gesellschaftsvertrag nähere Vorschriften enthält — und herauszubezahlen.

Die Fortsetzung der Gesellschaft setzt aber voraus, daß wenigstens zwei Mitglieder derselben bleiben. Es kann auch bei einer, ursprünglich nur aus zwei Mitgliedern bestehenden Gesellschaft, verabredet sein, daß bei Auflösung derselben der Eine das Geschäft in

Aktiven und Passiven zu übernehmen befugt sei, der Andere sich davon auskaufen lassen müsse. (Siehe Haberstich Handbuch des O.R., II, 2, S. 402.) Lautet eine solche Abmachung über die Abfindung dahin, daß dem Austretenden sein buchmäßiges Guthaben ausgerichtet und ihm außerdem noch die Beteiligung am Geschäftsgewinn des laufenden Jahres eingeräumt wird, so ist darin keineswegs eine Verpflichtung des Austretenden zu erblicken, bei eintretenden Verlust dieses Jahres am Verlust teilzuhaben, denn O.R. 533 Abs. 2 bezieht sich nur auf Vereinbarungen zum Zwecke der Begründung bzw. Fortsetzung eines Gesellschaftsverhältnisses B.E. XXIV, 2, 178 ff. Nr. 2913.

Gegen allenfallsigen Mißbrauch bei Übertragung des Geschäfts an einen Gesellschafter zu widerrechtlicher Verfügung der Gesellschaftsgläubiger sind diese auf die allgemein gegen Gefährdung und Verkürzung der Gläubigerrechte überhaupt gegebenen Schutzmittel, insbesondere auf die paullianische Klage, Anfechtungsklage im Konkurs oder Pfändungsverfahren, zu verweisen. B. E. XIII (C. 2927), Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundeszivilrechts, Band V Nr. 60.

Bei einer aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft steht auch nichts im Wege, daß die Gesellschafter sich dahin verständigen, daß der eine von ihnen austrete, und ein Dritter an seine Stelle trete; in diesem Falle ist keine Liquidation notwendig, sondern es ist anzunehmen, daß im Falle des Art. 575, die Gesellschaft gar nicht aufgelöst, sondern von den neuen Gesellschaftern fortgesetzt wird, siehe Curti H.R. S. 252.

Wenn beim Austritt eines Gesellschafters aus einer Kollektivgesellschaft, von dem Übernehmer des Geschäftes die Aktiven und Passiven übernommen werden, so bedeutet dies nicht auch, daß der Übernehmer die Pflicht übernimmt, dafür zu sorgen, daß die alten Gesellschaftsgläubiger den abgefundenen und ausgetretenen Gesellschafter nicht mehr belangen; der Übernehmer von Aktiven und Passiven übernimmt nicht die Pflicht, bei den Gesellschaftsgläubigern die Befreiung des ausgetretenen Gesellschafters zu erwirken, sondern nur die Pflicht, dem Ausgetretenen, falls er von dem Gläubiger belangt wird, die alsdann von ihm an diese Stelle bezahlte Summe nebst anderen Auslagen zurückzuerstatten. Auch der Ausdruck „von jeder Schuld- und Zahlungspflicht bezüglich der Gesellschaftspassiven entlasten" enthält nicht die Pflicht zur Liberation bei den Gesellschaftsgläubigern. Damit aus einer solchen Formel eine solche Pflicht herausgelesen werden könnte, wäre es notwendig, daß an dieselbe die Bestimmung einer Frist geknüpft wäre, innerhalb welcher sich der Übernehmer darüber auszuweisen hätte, daß die Gesellschaftspassiven bezahlt, oder doch die Gläubiger den ausgetretenen Gesellschafter von der Haftung entlassen. Allerdings können, abgesehen von einer solchen genauen Ausdrucksweise auch die Umstände dafür sprechen, daß die „Entlastung" im Sinne einer Liberation vom bestehenden Schuldnexus aufzufassen ist. (h.E. Bd. XX, S. 189.)

Was uns nun gegenüber dem deutschen Recht hauptsächlich in die Augen fällt, ist das Fehlen jeder gesetzlichen Bestimmung über die Art der Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters für den Fall, als im Sinne von Art. 575 O.R. die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschlossen haben. Es ist auch keine maßgebende Gerichtsentscheidung über diesen Punkt zu finden. In der Regel setzen die Gesellschafter, wenn sie ein Übereinkommen der in Art. 575 bezeichneten Art geschlossen haben, die Art und Weise der Abfindung fest. Bestimmungen, wie sie die ausführlich von uns in dieser Arbeit besprochenen Paragraphen 738 bis 740 B.G.B. für die Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters aus der bürgerlichen Gesellschaft respektiv nach der Verweisung von § 105 Abs. 2 H.G.B. aus der O.H.G. enthalten, weist das schweizerische Recht nicht auf. Sollte in dem betreffenden Übereinkommen nichts über die Art und Weise der Abfindung festgesetzt sein, so müßte man den Artikel 577 O.R. und sodann die weiteren Bestimmungen der Artikel 548 und 549 O.R. per analogiam heranziehen. Art. 577, auf den wir später noch einmal zurückkommen werden, bestimmt für den Fall, daß ein Gesellschafter in Konkurs gerät, daß die übrigen Gesellschafter das Ausscheiden desselben beschließen und seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen in Geld entrichten können. Für uns ist vorläufig die letztere Hälfte dieses Satzes von Bedeutsamkeit. Auf die Berechnungsmethode komme ich noch bei genauerer Würdigung des Artikels 577 zu sprechen.

Die Artikel 548 und 549 O.R., die nach der Verweisung des Art. 572 Abs. 2 auch für die Kollektivgesellschaft gelten, behandeln die Auseinandersetzung, die die Gesellschafter unter sich nach der Auflösung vorzunehmen haben. Die Heranziehung dieses Artikels mag uns zunächst befremden, doch wenn wir den Wortlaut des Art. 575 betrachten, finden wir eine Ausdrucksweise des Gesetzes, die der deutschen Auffassung dieser Materie — ich verweise auf meine Ausführungen in den das deutsche Recht behandelnden Paragraphen dieser Arbeit — fremd ist. Artikel 575 spricht nämlich davon, die Gesellschaft endige nur für den Ausscheidenden, mit anderen Worten, für den Ausscheidenden sei der Austritt aus der Gesellschaft gleichbedeutend mit der Totalauflösung der letzteren; das Ausscheiden sei eine „partielle Auflösung".

Wir kommen auf diese Auffassung des Schweizer Rechtes noch zurück, wenn wir über die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters nach schweizerischem Recht sprechen. Da nach Art. 564 Abs. 3, wie schon als wichtiger Unterschied gegenüber dem deutschen Recht erwähnt, der einzelne Gesellschafter für eine Gesellschaftsschuld erst dann persönlich belangt werden kann, wenn die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist, so hat es für die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters große Bedeutung, wenn

man in dem Ausscheiden eines Gesellschafters nach Art. 575 eine „partielle Auflösung" sieht.

Aufgabe dieses Paragraphen wird nun noch sein, die Artikel 548 und 549 O.R. zu betrachten. Sie entsprechen den §§ 732 bis 735 des B.G.B., Art. 548 bestimmt: „Bei der Auseinandersetzung, die nach der Auflösung die Gesellschafter unter sich vorzunehmen haben, fallen die Sachen, die ein Gesellschafter zu Eigentum eingebracht hat, nicht an ihm zurück.

Derselbe hat jedoch Anspruch auf den Wert, für den sie übernommen worden sind.

Fehlt es an einer solchen Wertbestimmung, so geschieht die Erstattung nach dem Werte, den die Sachen zur Zeit des Einbringens hatten."

Der Gesellschaftsvertrag kann anderes bestimmen, z. B. daß die Sachen in Natura wieder an den Einbringer zurückfallen. Bestimmt aber der Gesellschaftsvertrag nichts, so hat jeder Gesellschafter nur ein Recht auf Versilberung der Sachen, die in die Gesellschaft zu Eigentum eingebracht wurden. B.E. XXIV, S. 575 (C. 2915).

Der Gesellschafter, welcher Eigentum einbrachte, hat die übrigen Mitglieder der Gesellschaft zu Miteigentümern gemacht. Nach Auflösung der Gesellschaft sind dieselben nicht schuldig und nicht berechtigt, ihm ihre Eigentumsansprüche wieder zu übertragen, sondern es müssen solche Sachen für Rechnung der Gesellschaft verwertet werden, worauf schließlich die Bilanz über Gewinn und Verlust zu ziehen ist. Würde es sich um eine teilbare Sache handeln, so ist nicht ausgeschlossen, daß die Gesellschafter dieselbe teilen und jeder seinen Anteil gegen Belastung für den Wert in Natura bezieht. (Siehe Haberstich, Handbuch des O.R. II, 2 S. 372.)

Für die Berechnung des Wertes kommt nach Schweizer Recht in erster Linie der Übernahmewert im Zeitpunkte der Einbringung in Betracht, nur wenn es an einer solchen Wertbestimmung fehlt, geht der Anspruch auf den Marktwert der Sache zur Zeit ihres Einbringens. Der ganze Artikel bezieht sich auf die der Gesellschaft zu Eigentum — quoad sortem — übertragenen Sachen. Hier finden wir in § 733 Abs. 2 B.G.B. beinahe die gleiche Regelung. Auch hier ist gesetzliche Regel, daß die Rückerstattung der Einlagen quoad sortem auch solcher, die zunächst in Geld bestanden haben, im Geldwerte zu erfolgen hat. Maßgebend ist aber dabei allein nach deutschem Recht der objektive Einbringungswert.

Was die Sachen betrifft, die nur quoad usum eingebracht worden sind, so finden auf sie nach schweizerischem Recht die Grundsätze des Mietvertrages Anwendung mit Bezug auf die Tragung der Gefahr und die Gewährspflicht. Der Gesellschafter hat in diesem Falle dieselben Ansprüche, wie sie dem Vermieter gegenüber dem Mieter zustehen. (Siehe O.R. Art. 531 Abs. 3). Die Grundsätze des Mietvertrags finden wir in den Artikeln 254, 255, 256, 257, 258, 271 O.R.

Die Pflichten des Mieters ergeben sich aus Artikel 261 und 271 O.R. Art. 261 lautet: „Der Mieter ist verpflichtet bei dem Gebrauche der gemieteten Sache mit aller Sorgfalt zu verfahren und im Falle der Wohnungsmiete auf die Hausgenossen billige Rücksicht zu nehmen.

Verletzt der Mieter trotz Abmahnung andauernd diese Pflicht, oder fügt er durch offenbar mißbräuchliches Verhalten der Sache dauernden Schaden zu, so kann der Vermieter die sofortige Auflösung des Mietvertrages nebst Schadensersatz verlangen.

Sind Ausbesserungen an der gemieteten Sache nötig, welche dem Vermieter obliegen, oder maßt sich ein Dritter Rechte an der gemieteten Sache an, so ist der Mieter bei Vermeidung von Schadensersatz verpflichtet, dem Vermieter sofort Anzeige zu machen.

Artikel 271 lautet: „Auf den Schluß des Mietverhältnisses hat der Mieter den Mietgegenstand nach Maßgabe des Ortsgebrauchs in dem Zustand zurückzugeben, in dem er ihn erhalten hat.

Er haftet nicht für die aus der vertragsgemäßen Benutzung sich ergebende Abnutzung oder Veränderung.

Es wird vermutet, daß der Mieter den Gegenstand in gutem Zustand empfangen habe."

Wir kommen also betreff der quoad usum eingebrachten Gegenstände zu derselben Lösung, wie sie das B.G.B. in § 732 vorschreibt: „Sachen, die nur zur Benützung, also miet- oder leihweise, eingebracht wurden, sind den Eigentümern gemäß Art. 531 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 271 O.R. zurückzugeben. Die durch ordnungsmäßigen Gebrauch der Sache entstandene Wertverminderung geht zu Lasten des Eigentümers, (siehe Art. 271 Abs. 2). Für verschuldete Verschlechterung kann der Gesellschafter nach Art. 538 Abs. 2 Ersatz verlangen. Dem übrigen obliegt also die Beweispflicht, daß ihnen kein Verschulden zur Last fällt.

Artikel 549 bestimmt schließlich: „Verbleibt nach Abzug der gemeinschaftlichen Schulden, nach Ersatz der Auslagen und Verwendungen an einzelne Gesellschafter und nach Rückerstattung der Vermögensbeiträge noch ein Überschuß, so ist er unter die Gesellschafter als Gewinn zu verteilen.

Ist nach Tilgung der Schulden und Ersatz der Auslagen und Verwendungen das gemeinschaftliche Vermögen nicht ausreichend, um die geleisteten Vermögensbeiträge zurückzuerstatten, so haben die Gesellschafter das Fehlende als Verlust zu tragen."

Die Regelung, die wir in Art. 549 vorfinden, entspricht in großen Zügen der Regelung der §§ 733 Abs. 1, 734 und 735 B.G.B. Als Schulden sind nach Schweizer Recht zu behandeln

a) die gemeinschaftlichen Schulden Art. 543 Abs. 2, Art. 544 Abs. 3,
b) die Auslagen und Verwendungen einzelner Gesellschafter Art. 537 Abs. 1 und 2,
c) die Vermögensbeiträge der Gesellschafter, Art. 531, 548.

Wie im deutschen Recht § 733 B.G.B. werden zunächst die gemeinschaftlichen Schulden berichtigt, sowie die Auslagen und Verwendungen — das deutsche Gesetz spricht hier von Schulden, für welche einem Gesellschafter die übrigen Gesellschafter haften. Verbleibt nach Berichtigung dieser gemeinschaftlichen Schulden und Rückerstattung der Vermögensbeiträge — das deutsche Gesetz spricht hier von Einlagen — ein Überschuß, so wird dieser unter die Gesellschafter als Gewinn verteilt, ebenso im deutschen Recht § 734 B.G.B. Reicht das Gesellschaftsvermögen hierzu nicht aus, so haben die Gesellschafter den Verlust zu tragen, ebenso § 735 B.G.B. Der Verlust ist von den Gesellschaftern zu tragen nach Maßgabe des Vertrages oder der gesetzlichen Bestimmungen. (Siehe Art. 533 O.R.)

Art. 533 bestimmt darüber, daß jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und Größe seines Beitrages gleichen Anteil am Gewinn und Verlust hat. Nach § 735 B.G.B. haben die Gesellschafter für den Fehlbetrag nach dem Verhältnis aufzukommen, nach welchen sie den Verlust zu tragen haben. Im Zweifel haben also auch hier alle Gesellschafter gleiche Anteile zu tragen, da nach § 722 B.G.B., wenn die Anteile der Gesellschafter am Gewinn und Verlust nicht bestimmt sind, jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und Größe seines Beitrages gleichen Anteil am Gewinn und Verlust hat. Die gleiche Regelung ergibt sich für den eventuell zu verteilenden Gewinn (siehe § 734 B.G.B. in Verbindung mit § 722 B.G.B.). Ist über die Gewinnanteile im Gesellschaftsvertrag nichts besonderes bestimmt, so stehen allen Gesellschaftern gleiche Anteile zu, also auch jenen, deren Einlage lediglich in der Leistung von Diensten bestanden hat (siehe Staudinger § 734, 2).

Dieselbe Regelung ergibt sich, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vereinbart hat, im Schweizer Recht nach Art. 533 O.R.

§ 733 Satz 2 B.G.B. bestimmt ausdrücklich, daß, wenn eine Schuld noch nicht fällig ist, das zur Berichtigung Erforderliche zurückzubehalten ist. In den Blättern für z. R. 9 Nr. 1 finden wir dieselbe Rechtsauffassung vertreten. Sind Verbindlichkeiten noch nicht fällig, so sind die zu deren Tilgung nötigen Beträge zurückzustellen. Eine Ersatzpflicht der Gesellschafter untereinander mit Bezug auf die verlorenen Einlagen findet nur statt, insoweit als die Einlage eines Gesellschafters die von ihm zu tragende Verlustquote übersteigt (siehe Schneider-Fick Art. 549, 7). Übersteigt also der Verlust die Beiträge der einzelnen Gesellschafter, so haften die Letzteren einander dafür, sie haben denselben unter sich auszugleichen (siehe Haberstich, Handbuch des O.R. II, 2 S. 352).

Diese Regelung des deutschen und schweizerischen Rechts, daß jeder ohne Rücksicht auf die Art und Größe seines Beitrages gleichen Anteil am Gewinn und Verlust haben soll, steht im Widerspruch mit der französischen Regelung des Code civil Art. 1853, der diese Regelung vorschreibt, daß in Ermangelung eines Gesellschaftsver-

trages die Beteiligung am Gewinn oder Verlust sich nach der Höhe der Einlage richten solle. Unsere wie die schweizerische Regelung ist bei weitem vorzuziehen, denn auf diese Weise, wie das französische Gesetz vorschreibt, würde der Gesellschafter, der seine persönliche Erfahrung und Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung stellt, leer auszugehen, bei uns wie in der Schweiz wird er den Gesellschaftern, die Geldeinlagen gemacht haben, gleichgestellt und so für seine Arbeitsleistung auch entsprechend belohnt.

§ 29. Ausschließung aus der Gesellschaft nach Schweizer Recht Artikel 576, 577, 578 O.R.

Art. 576 O.R. bestimmt: „Liegen die Gründe, aus welchen nach Maßgabe des Art. 545 Abs. 2 die Auflösung der Gesellschaft verlangt werden kann, vorwiegend in der Person eines Gesellschafters, so darf auf dessen Ausschließung erkannt werden, soferne die sämtlichen übrigen Gesellschafter hierauf antragen.

Ich habe bei der Besprechung des Art. 545 Abs. 2 schon ausgeführt, was nach schweizerischen Rechtsanschauungen als ein solcher wichtiger Grund zu gelten hat. Liegt ein solcher wichtiger Grund vor, so gibt dies aber den übrigen Mitgesellschaftern noch kein Recht, von sich aus den Mitgesellschafter auszuschließen, sie haben nur das Recht, auf Ausschließung zu klagen. Der Artikel entspricht dem § 140 des deutschen H.G.B., der im deutschen Teil der Arbeit ausführlich besprochen wurde, wie der Artikel 545 Abs. 2 O.R. dem § 133 H.G.B. entspricht. Auch nach Schweizer Recht ist einzig der Richter zuständig auf Ausschließung zu erkennen, das Urteil ist wie nach deutschem Recht konstitutiv B.E. XXIV S. 186, (C. Nr. 2921). Die Wirkung des Ausschlusses bestimmt sich in Art. 575, Art. 577 Abs. 1 und 578. Die Gesellschaft endigt nur für den Ausgeschlossenen, im übrigen besteht sie mit all ihren Rechten und Verbindlichkeiten fort. Da der auszuschließende Gesellschafter bis zur Rechtskraft des Urteils vollberechtigter Gesellschafter verbleibt, so kann er nach Maßgabe seiner Vertretungsbefugnis die Gesellschaft bis zur Eintragung des Ausschlusses ins Handelsregister Art. 579, rechtlich verpflichten.

Bei der Verfolgung der Frage, wie sich die Kollektivgesellschaft hier vor Schaden bewahren kann, stoßen wir auf einen Gegensatz zum deutschen Rechte. Nach § 127 H.G.B. ist es möglich, daß einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter die Vertretungsmacht entzogen wird, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Vertretung der Gesellschaft. Außerdem kann durch einstweilige Verfügung das Recht der Vertretung in den Fällen entzogen werden, in denen eine solche vorläufige Regelung sich zur Vorbereitung und Sicherung des Rechtes auf Auflösung und Aus-

schließung als erforderlich erweist, also als Vorläufer oder Begleiter einer darauf gerichteten Klage. (Siehe Staub § 127, 7.)

Nach R.G. 15, 82 bleibt der Ausgeschlossene Gesellschafter und ist zur Geschäftsführung und Vertretung befugt. Doch kann durch einstweilige Verfügung der einstweilige Ausschluß von der Geschäftsführung und Vertretung — welche von beiden Maßregeln angeordnet ist, ist wohl zu unterscheiden — erfolgen. Solche einstweilige Verfügungen richten sich nach §§ 935 bis 940 Z.P.O.

Im schweizerischen Obligationenrecht stoßen wir auf den merkwürdigen Fall, daß dieses wohl jedem der übrigen Gesellschafter in Art. 539 die Befugnis zur Entziehung der Geschäftsführung aus wichtigen Gründen gibt, und zwar ohne gerichtliche Entscheidung, aber keine ausdrückliche Bestimmung über den Entzug des Vertretungsrechtes gibt. Es besteht also zunächst in unserem Falle nur die Möglichkeit, dem auszuschließenden Gesellschafter sofort die Befugnis zur Geschäftsführung zu entziehen (Art. 539), und diesen Entzug durch Zirkular allen Geschäftsfreunden bekannt zu geben. Man muß aber mit Curti H.R. sagen, daß, wenn nach O.R. 539 der Entzug der Befugnis der Geschäftsführung zulässig ist, vernunftgemäß auch ein analoges Recht für den Entzug der Vertretungsmacht gegeben sein muß. Durch den Mißbrauch des Vertretungsrechtes ist es ja weit mehr möglich, die Gesellschaft zu schädigen, wie durch die Geschäftsführung, die ja nur im Innern des Geschäftes zu Tage tritt. Doch ist natürlich, da das Gesetz ja gar nichts über diese Frage enthält, niemals gegen das betreffende Gesellschaftsmitglied ein Ausschluß von der Vertretungsbefugnis außergerichtlich möglich, wie es die Entziehung der Befugnis zur Geschäftsführung nach Art. 539 ist.

Hierin liegt ja auch wieder ein wesentlicher Unterschied zum deutschen Recht. Nach § 117 H.G.B. darf die Befugnis zur Geschäftsführung nur durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden und zwar auf Antrag aller übrigen Gesellschafter. Art. 539 O.R. gibt jedem der übrigen Gesellschafter die Möglichkeit, die im Gesellschaftsvertrage einem Gesellschafter eingeräumte Befugnis zur Geschäftsführung diesem zu entziehen und zwar ohne gerichtliche Entscheidung, wenn wichtige Gründe vorliegen. Beim Ausschluß der Vertretungsbefugnis wird nun nach Schweizer Recht ebenfalls die fehlende Zustimmung des einen Gesellschafters durch den Richterspruch ersetzt werden müssen.

Wenn Gefahr im Verzuge ist, werden vom Richter nach Maßgabe der kantonalen Prozeßgesetze einstweilige Verfügungen erwirkt werden können, durch welche Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis entzogen werden und eine bezügliche Bekanntmachung durch Eintragung in das Handelsregister erfolgen kann. (Vergl. Curti H.R. S. 251.) Damit eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis nach außen gegenüber gutgläubigen Dritten wirksam werde, muß diese in das Handelsregister eingetragen werden nach Art. 553 Ziffer 4 in

Verbindung mit Art. 861 O.R. Die Beschränkung wird erst wirksam mit ihrer amtlichen Bekanntmachung nach Art. 863 O.R. Gemäß O.R. Art. 554 Ziffer 1 müssen bei einer solchen Eintragung oder Veränderung derselben alle Gesellschafter mitwirken.

Art. 577 O.R. bestimmt, daß wenn ein einzelner Gesellschafter in Konkurs fällt oder der Privatgläubiger eines solchen von dem Rechte des Art. 574 Gebrauch macht, es nicht erst vom richterlichen Befinden abhängt, ob die Ausschließung des Gesellschafters stattfinden dürfe. Es können in diesem Falle die Gesellschafter, Einstimmigkeit oder die nach Vertrag nötige Mehrheit vorausgesetzt, das Ausscheiden desselben durch Beschluß herbeiführen und seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen in Geld entrichten.

Wir finden hier dieselbe Möglichkeit im deutschen Rechte, § 141 H.G.B. für den Fall, daß ein Privatgläubiger eines Gesellschafters von dem ihm nach § 135 H.G.B. zustehenden Rechte Gebrauch macht, hingegen für den Fall, des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters mit der Maßgabe, daß die Erklärung gegenüber dem Konkursverwalter zu erfolgen hat und daß der Gemeinschuldner mit dem Zeitpunkte der Eröffnung des Konkurses als aus der Gesellschaft ausgeschieden gilt.

Die Wirkung des Ausscheidungsbeschlusses nach Art. 577 ist Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses für den Ausscheidenden. Es findet eine Feststellung des Gesellschaftsanteiles des Ausscheidenden nach den Grundsätzen des besprochenen Art. 549 statt. Ebenso wie ich bei der Frage der Abfindung nach deutschem Recht festgestellt habe, ist auch hier aus demselben Grunde die wirkliche Vermögenslage der Gesellschaft der Berechnung zu Grunde zu legen. Die Aktiven sind mit ihren vollen reellen Werten in die Bilanz einzustellen und die Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag, daß bei Festsetzung des jährlichen Gewinnes an Waren usw. gewisse Prozente abgeschrieben werden müssen, hat keinen Bezug auf die schließliche Auseinandersetzung. R.E. Band 18 S. 44. Die Haftung des Ausscheidenden bestimmt sich nach Art. 885, 886, 589.

Art. 577 Abs. 2 bestimmt, daß, wenn nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, derjenige, welcher keine derartige Veranlassung zur Auflösung gegeben hat, in gleicher Weise den Anderen abfinden kann und unter Übernahme sämtlicher Aktiven und Passiven das Geschäft auf seine Rechnung fortführen kann. Dieser Absatz behandelt die Abfindung eines Gesellschafters durch den anderen, wenn nur zwei Gesellschafter vorhanden sind. Voraussetzungen sind auch hier Konkurs eines Gesellschafters, Art. 573 oder die unter den Voraussetzungen des Art. 574 erfolgte Kündigung des Gesellschaftsvertrages durch einen Privatgläubiger. Es kann hier ein Gesellschaftsbeschluß der beiden Gesellschafter stattfinden oder eine einfache Anzeige des an der Auflösung unschuldigen Gesellschafters an den Anderen, daß er das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehmen wolle.

Genau so ist diese Sachlage geregelt in § 142 Abs. 2 H.G.B. Auch hier ist bei einer nur aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft für den Fall, daß ein Gläubiger der Gesellschaft diese auf Grund des § 135 kündigt, oder ein Gesellschafter in Konkurs gerät, dem an der Auflösung unschuldigen Gesellschafter die Möglichkeit gegeben, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen und unter den Voraussetzungen des § 24 H.G.B. auch das Firmenrecht.

Nach Schweizer O.R. Art. 872 darf der übrig bleibende Gesellschafter nicht die Gesellschaftsfirma beibehalten, ich komme auf diesen wichtigen Unterschied zum deutschen Recht noch einmal zurück. Die Übernahme erfolgt auch im deutschen Recht durch einfache Erklärung, nicht erst durch Gerichtsentscheid.

Nach Art. 578 O.R. kann der Richter die Abfindung des einen Gesellschafters durch den anderen verfügen, der das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, wenn die Auflösung wegen einer vorwiegend in der Person des einen Gesellschafters liegenden Ursache gefordert wird. Die Gründe, die zu einem solchen Begehren berechtigen, sind diejenigen von Art. 576 und 545 Abs. 2. Das richterliche Urteil hat konstitutive Wirkung und es entscheidet der Richter nach freiem Ermessen. Wir haben hier dieselbe Regelung vor uns wie § 142 Abs. 1 H.G.B. Es ist hier dem einen Gesellschafter die Möglichkeit gegeben, wenn in der Person des anderen Gesellschafters Ausschließungstatsachen vorliegen — also solche, die beim Vorhandensein von mehreren Gesellschaftern zur Ausschließungsklage nach § 140 mit der Begründung aus § 133 berechtigen würden — auf Übernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven zu klagen.

§ 30. **Formellrechtliche Folgen des Ausscheidens nach Schweizer Recht.**

Nach Art. 579 muß die Auflösung der Gesellschaft, das Ausscheiden und die Ausschließung eines Gesellschafters sowie die Fortsetzung durch einen einzelnen Gesellschafter in das Handelsregister eingetragen werden. Wir haben hier die dem § 143 Abs. 1 und 2 H.G.B. entsprechende Vorschrift vor uns. Einen Unterschied bildet die deutsche Bestimmung, daß für den Fall der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft die Anmeldung der Auflösung nicht erforderlich ist. Die Eröffnung des Konkurses wird vielmehr nach deutschem Recht von Amts wegen eingetragen (§ 6 und 32 H.G.B. § 112 K.O.). Gemeint ist aber nur der Fall, in dem der Konkus der Gesellschaft die Auflösung zur Folge hat, nicht auch der Fall, in dem der Konkurs eines Gesellschafters die Auflösung oder das Ausscheiden zur Folge hat, hier greift wieder die Vorschrift der Anmeldung Platz. (Siehe Staub § 143 Anm. 2.)

Das Schweizer Recht enthält keine solche Bestimmung, auch für den Fall des Art. 572 Abs. 1 greift die Vorschrift des Art. 579 Platz.

Nach schweizerischem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 Art. 39 ergibt sich, daß eine Kollektivgesellschaft, die nicht in das Handelsregister eingetragen ist, im Wege der ordentlichen Betreibung und der Wechselbetreibung nicht in Konkurs geraten kann, sondern auf Pfändung zu betreiben ist. (Siehe Fick Art. 572 Abs. 2.) Ist die Gesellschaft nicht eingetragen, so muß der Gläubiger, der auf Konkurs betreiben will, beim Handelsregisteramt die Eintragung verlangen. Ist der Zahlungsbefehl bereits vor der Eintragung erlassen, so muß der Gläubiger mit der Fortsetzung zuwarten, bis die Eintragung erfolgt ist. (Siehe Fick Art. 572 und Jäger Art. 39 Anm. 10.) Zur Anmeldung sind nach schweizerischem Recht verpflichtet die geschäftsführenden Gesellschafter, der austretende Gesellschafter oder der das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehmende Gesellschafter. Nach deutschem Recht regelmäßig alle Gesellschafter, auch der Ausscheidende, auch die Erben eines verstorbenen Gesellschafters.

In dieser letzteren Hinsicht schafft das deutsche Gesetz eine Erleichterung: Soweit der Mitwirkung eines Erben besondere Hindernisse im Weg stehen, kann die Eintragung ohne dessen Mitwirkung erfolgen. Diese Sonderbestimmung finden wir nicht im schweizerischen Recht. Anderseits enthält Art. 579 Abs. 2 eine Bestimmung, die im deutschen Gesetz nicht enthalten ist. Die Eintragung der oben genannten Tatsachen muß selbst dann erfolgen, wenn die Gesellschaft durch Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen ist, beendigt wird. Selbst dann müssen die vorgenannten Tatsachen eingetragen werden, wenn seinerzeit unterlassen wurde, die Konstituierung einzutragen (siehe Genf, Semaine 1893 S. 276, 315), letzteren Fall finden wir auch bei Staub § 143 Anm. 2. Die Auflösung der O.H.G. muß auch dann eingetragen werden, wenn die Gesellschaftserrichtung seinerzeit nicht eingetragen wurde.

In diesem Zusammenhang möchte ich noch auf einen Unterschied zwischen deutschem und schweizerischem Recht hinweisen. Die Art. 869, 871, 872, 875, 876 des Schweizer Obligationenrechts über Geschäftsführung kommen für die Kollektivgesellschaft in Anwendung. Art. 872 lautet: „Wenn eine Person, deren Name in der Firma einer Kollektivgesellschaft enthalten ist, aufhört, Mitglied der Gesellschaft zu sein, so darf auch mit Einwilligung dieser Person oder ihrer Erben die bisherige Gesellschaftsfirma nicht beibehalten werden."

Dieses Verbot kennt das deutsche H.G.B. nicht. § 24 Abs. 2 H.G.B. bestimmt, daß beim Ausscheiden eines Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten ist, zur Fortführung der Firma es dessen oder seiner Erben ausdrücklicher Einwilligung zur Fortführung der Firma bedürfe. Wir haben von dieser Möglichkeit, die das deutsche Recht gibt, die Firma fortzuführen, schon in den das deutsche Recht enthaltenden Paragraphen dieser Arbeit gesprochen. Es gelten für

die Zustimmung die für die ausdrücklichen Erklärungen überhaupt notwendigen Erfordernisse (R.G. in J.W. 88, 220, Staub § 22 Anm. 7, von Tuhr, Allgemeiner Teil B.G.B., II 416). Die ausdrückliche Erklärung ist nicht an eine bestimmte Form gebunden, es ist vielmehr der Beurteilung des einzelnen Falles überlassen, ob der Wille sich in einer Weise kundgegeben hat, daß die Einwilligung als eine ausdrückliche anzusehen ist. R.G. J.W. 1911, 594. Versagt der ausscheidende Gesellschafter die Fortführung seines Namens, so hat dies zur Folge, daß die verbleibenden Gesellschafter die Firma nicht fortführen können, auch nicht mit einem Nachfolgezusatz (R.G. Band 5, 111). Sie müssen dann nach § 18 und 19 eine neue Firma wählen (siehe Staub § 24, 3 b).

Nach schweizerischem O.R. Art. 872 ist es auch mit Zustimmung des Austretenden nicht möglich, die Firma unter seinen Namen weiter zu führen.

Für den Fall, daß ein schon bestehendes Geschäft erworben oder übernommen oder durch einen einzelnen Gesellschafter fortgesetzt wird, enthält die Bestimmung des Art. 874 Satz 2 eine gewisse Erleichterung. Der Erwerber oder Übernehmer eines bestehenden Geschäftes kann, wenn der frühere Inhaber oder dessen Erben ausdrücklich einwilligen, seiner Firma einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz beifügen.

§ 21 H.G.B. sagt: „Wird ohne eine Änderung der Person der Name des Geschäftsinhabers oder der in der Firma enthaltene Name eines Gesellschafters geändert, so kann die bisherige Firma weiter geführt werden." § 21 gibt also das Recht der Fortführung der bisherigen Firma trotz Namensänderung.

Die Vorschrift ist in der Reichstagskommission eingefügt worden, hauptsächlich deshalb, weil die Pflicht zur Firmenänderung Frauen, die sich verheiraten, Nachteil bringen könnte. (Siehe Staub § 21.) Das schweizerische O.R. kennt keine derartige Bestimmung. Curti § 61 S. 191 ist der Ansicht, daß bei strenger Beobachtung der Firmenwahrheit eine Handelsfrau, die durch Verheiratung oder Scheidung einen anderen Namen erhält, die Firma ändern muß. Auch Haberstich S. 793 Band II, 2 kommt zu diesem Ergebnis. Die alte Firma muß gelöscht werden und der neue Name im Handelsregister eingetragen werden, dazu ist Zustimmungserklärung des Ehemannes erforderlich.

§ 31. § 137 und 139 H.G.B. und das Schweizer Recht.

Wird die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, so hat der Erbe des verstorbenen Gesellschafters nach deutschem Recht den übrigen Gesellschaftern den Tod unverzüglich anzuzeigen und bei Gefahr im Verzuge die von seinem Erblasser zu

besorgenden Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweit Fürsorge treffen können.

Eine solche Bestimmung kennt das Schweizer Recht nicht. Hier hat der Erbe die Geschäfte fortzuführen, ob Gefahr im Verzuge ist oder nicht.

Wir haben schon im deutschen Teil der Arbeit vom § 139 H.G.B. gesprochen, der eine wesentliche Erleichterung der Stellung des Erben im deutschen Recht mit sich bringt. Voraussetzung ist eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll. Jeder Erbe kann dann sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, daß ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteiles die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird und der auf ihn fallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird. Nehmen die übrigen Gesellschafter einen diesbezüglichen Antrag des Erben nicht an, so ist dieser befugt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Ausscheiden zu erklären. Scheidet der Erbe aus, oder wird ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt, so haftet er für die bis dahin entstandenen Schulden nur als Erbe, nicht als Gesellschafter.

Der Ausdruck „Einlage des Erblassers" war hier viel umstritten. Der Kommentar von Staub, der in 6. und 7. Auflage noch das Wort „Anteil" als den auf den Erben fallenden Anteil am Gesellschaftsguthaben des Erblassers deutet, hat jetzt in 12. und 13. Auflage diese Ansicht fallen lassen. Er sagt in Anmerkung 15, § 139: „Die ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes, das von Einlage spricht, darf nicht dahin verstanden werden, daß dies Kapitalguthaben bedeuten soll." Pinner schließt sich damit jetzt der schon länger vertretenen Ansicht Cosacks, daß unter Einlage des Erblassers die wirkliche Einlage des Gesellschafters und nicht sein Kapitalanteil zu verstehen ist, an. Diese günstige rechtliche Stellung des Erben kennt das Schweizer Recht nicht.

Nach Schweizer O.R. gilt folgendes: Ist in dem Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß die Gesellschaft auch nach dem Tode eines Gesellschafters mit dessen Erben fortbestehen soll, und zwar für eine bestimmte Dauer, so sind die Erben verpflichtet, in die Gesellschaft einzutreten. Die übrig bleibenden Gesellschafter sind aber auch gebunden, die Gesellschaft mit dem oder den Erben fortzuführen.

Ist die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit geschlossen, so steht es den Erben frei, sich den Artikel 546, 1 nutzbar zu machen und der Gesellschaft den Vertrag auf 6 Monate für das Ende des Geschäftsjahres zu kündigen. Machen alle Erben von ihrem Ausschlagungsrecht Gebrauch, so tritt die Auflösung der Gesellschaft ein.

Ist die Gesellschaft auf bestimmte Dauer geschlossen, so gibt es doch einen Fall, bei welchem der Erbe auch hier kündigen kann, nämlich wenn wichtige Gründe vorliegen.

Wenn eine Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird, so haften die Erben für alle auch zu Lebzeiten des verstorbenen Gesellschafters abgeschlossenen Verbindlichkeiten gegenüber Dritten und auch gegenüber der Gesellschaft selbst nach Art. 547 Abs. 2 und 551 (siehe Syz, Diss.).

Das Schweizer O.R. stellt also den Erben vor die Wahl, entweder mit allen Verbindlichkeiten des verstorbenen Gesellschafters anzunehmen, oder auszuschlagen, bei der Gesellschaft auf unbestimmte Dauer kann er kündigen, sich aber niemals von den Verpflichtungen befreien. Der Erbe haftet mit seinem ganzen persönlichen Vermögen für alle bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden, wenn er nicht die Erbschaft ausschlägt. Er steht also vor der Wahl, sein persönliches Vermögen zu riskieren oder ein vielleicht beträchtliches Vermögen zu verlieren, das in der Gesellschaft steckt und von dem er nicht wissen kann, ob es zuverlässig ist. Wir sehen also, daß das Schweizer Recht die Rechtslage des Erben bedeutend ungünstiger gestaltet, als das deutsche Recht, das die schwierige Situation, in der sich der Erbe befindet, erkannt hat und sie durch § 139 H.G.B. zu mildern sucht.

§ 32. Verjährung der Klage gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter, Art. 585, 586, 588, 589 O.R. im Vergleich mit § 159 und 160 H.G.B.

Nach Art. 585 O.R. verjähren die Klagen gegen einen Gesellschafter aus Ansprüchen an die Gesellschaft in 5 Jahren nach seinem Ausscheiden oder nach seiner Ausschließung aus derselben, soferne nicht nach Beschaffenheit der Forderung eine kürzere Verjährungsfrist gesetzlich eintritt.

Wir haben hier dieselbe Vorschrift wie im § 159 Abs. 1 H.G.B. Gegenstand der kürzeren Verjährung sind im schweizerischen wie im deutschen Recht die Ansprüche gegen die Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft; Abs. 2 Art. 585 O.R. bestimmt ausdrücklich: „Auf Ansprüche der Gesellschafter untereinander findet diese Verjährung keine Anwendung." R.G. Band 7, 94 und R.O.H.G. Band VIII, 247 sprechen ebenfalls aus, daß die Rückgriffsansprüche der Gesellschafter untereinander auf Grund des § 110 oder auf Grund der Auseinandersetzung (Zahlung des Passivsaldos R.G. Band VII, 94) nicht unter die kürzere Verjährung des § 159 Abs. 1 fallen. Für solche Ansprüche gilt die gewöhnliche Verjährungsfrist, also in Ermangelung einer kürzeren die 30jährige. Nach Schweizer Recht kommt für die Verjährung der Ansprüche der Gesellschafter untereinander, d. h. für die Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis, die 10jährige Verjährungsfrist zur Anwendung nach Art. 127 O.R. Soferne aber ein Gesellschafter Gesellschaftsgläubiger ist, und als solcher seine Mitgesellschafter belangt, läuft auch gegen ihn die 5jährige Frist.

So fällt nach R.G. Band VII, 93 unter die Verjährung des § 159 Abs. 1 der Anspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters gegen die fortgesetzte Gesellschaft auf das Auseinandersetzungsguthaben, da er der fortgesetzten Gesellschaft nach seinem Ausscheiden als Dritter gegenübersteht; sowie der Anspruch auf Erstattung von Gesellschaftsschulden, die der ausgeschiedene Gesellschafter auf Grund seiner Gesamthaftung gezahlt hat. (Vergl. R.G. Band XI, 129.)

Art. 586 O.R. entspricht dem H.G.B. § 159 Abs. 2 und 3. Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkte, — § 159 Abs. 2 sagt: „Mit dem Ende des Tages" — an welchem die Auflösung oder das Ausscheiden des Gesellschafters in das Handelsregister — das deutsche Gesetz bestimmt „ausdrücklich des für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Gerichts" — eingetragen ist. Maßgebend ist ebenso nach Schweizer Recht der Tag der Eintragung, nicht etwa der Veröffentlichung im Handelsamtsblatt.

Wir wollen hier kurz einen Überblick über die Wirkungen der Eintragung im Handelsregister nach Schweizer Recht geben. Gestreift haben wir ja diese Frage schon öfter. Eine gesetzlich einzutragende Tatsache besteht regelmäßig auch ohne Eintragung zurecht. Doch gibt es Rechte, die erst durch die Eintragung konstituiert werden können.

Kommanditaktiengesellschaften, Aktiengesellschaften, Genossenschaften, wirtschaftliche Vereine, erlangen die juristische Persönlichkeit erst mit der Eintragung. Kommandit- und Kollektivgesellschaften nichtkaufmännischer Geschäfte, wie schon in dieser Arbeit erwähnt, ferner die nichtkaufmännische Prokura können überhaupt nur durch die Eintragung begründet werden. (O.R. Art. 552 Abs. 3, 590 Abs. 3, 422 Abs. 3.)

Was die Wirkung gegenüber Dritten betrifft, so wird nach O.R. Art. 863 nach erfolgter Eintragung und Publikation im Schweizer Handelsamtsblatt vermutet, daß jedermann Kenntnis von der eingetragenen Tatsache hat und die Eintragung ist gegenüber jedem wirksam geworden. O.R. 863 lautet: „Die Eintragungen in das Handelsregister werden gegenüber dritten Personen in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie durch die amtliche Bekanntmachung zur Kenntnis derselben gelangt sein können." Es bedarf nicht des Nachweises, daß die dritten Personen die Bekanntmachung wirklich gelesen haben, sondern es genügt, daß die Möglichkeit für sie vorhanden war, sie zu lesen oder kennen zu lernen. Eine einfachere Regelung als im deutschen Recht, wo sich der Dritte nach § 15 Abs. 2 H.G.B. von der Wirkung der Eintragung befreien kann, wenn er den Beweis führt, daß er die Tatsache weder kannte noch kennen mußte. Wenn auch dieser Beweis, wie ich schon ausgeführt, meist sehr schwer zu erbringen sein wird, so ist doch die Stellung des Dritten im Schweizer Recht eine bedeutend ungünstigere: hier genügt schon die Möglich-

keit, daß der Dritte die Eintragung lesen oder kennenlernen konnte, um die Eintragung gegen ihn wirken zu lassen.

Ist dagegen die Eintragung nicht erfolgt, so besteht keinerlei Vermutung dafür, daß der Dritte von der betreffenden Tatsache Kenntnis hatte. Derjenige, der sie dem betreffenden Dritten entgegensetzt, müßte beweisen, daß der Dritte davon Kenntnis hatte. Diese Regelung entspricht unserem § 15 Abs. 1 H.G.B.

Bezüglich Veränderung von Tatsachen, deren Eintragung in das Handelsregister vorgeschrieben ist, schreibt Art. 861 O.R. eigens vor, daß auch diese eingetragen werden müssen. Ist dies geschehen, so kann ein Dritter, soferne die Eintragung ihm gegenüber nach Maßgabe des Art. 863 wirksam geworden ist, sich nicht auf die Unkenntnis der Veränderung berufen. Wurde dagegen die Eintragung unterlassen, so kann derjenige, bei welchem die Veränderung eintrat, dieselbe einem Dritten nur insoferne entgegenhalten, als er beweist, daß sie demselben ohnehin bekant war. O.R. Art. 586 Abs. 2 entspricht § 159 Abs. 3. „Wird die Forderung erst mit der Eintragung fällig, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit."

Art. 587 Abs. 1 O.R. trifft eine Bestimmung für den Fall der Auflösung der Kollektivgesellschaft, die dem deutschen Recht fremd ist: „Ist noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden, so kann dem Gläubiger, soferne er seine Befriedigung nur aus jenem sucht, die 5jährige Verjährung nicht entgegengehalten werden. Hier handelt es sich um einen Anspruch, der gegen das Gesellschaftsvermögen, nicht gegen den Gesellschafter persönlich gerichtet ist. Der Artikel kommt dann in Anwendung, wenn eine Auseinandersetzung der Gesellschaft stattgefunden hat, die Firma gelöscht ist, aber die ehemaligen Gesellschafter noch früheres Gesellschaftsvermögen gemeinsam besitzen, z. B. weil es noch nicht möglich war, es zu versilbern. In diesem Falle kann der Gläubiger nicht mehr die Gesellschaft fassen, sondern nur die einzelnen Gesellschafter. Der Gesellschafter kann den Gläubiger zu einer verbindlichen Erklärung veranlassen, daß er nur mehr Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen suche (siehe Fick Art. 587).

Auch Art. 587 Abs. 2 enthält eine Schweizer Sonderbestimmung. Hat ein Gesellschafter das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen, so kann er die 5jährige Verjährung nicht entgegensetzen. Das deutsche Gesetz enthält darüber nichts. Nach Staub Anm. 4 zu § 142 finden für § 142 die für das Ausscheiden des Gesellschafters gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung. In dem Fall des § 142 ist die Auflösung der Gesellschaft einzutragen und ferner, daß das Handelsgeschäft auf einen der Gesellschafter übergegangen ist, der es nunmehr unter der Firma N. N. oder unter gleicher Firma fortsetzt. Die Fassung der Eintragung, daß der eine Gesellschafter ausscheidet, ist in diesem Falle nicht klar, aber auch nicht wirkungslos, weil ersichtlich ist, was gemeint ist. R.O.H.G. Band XXI, 193. Nach all dem

muß man annehmen, daß auch im deutschen Recht wohl der Ausscheidende die 5jährige Verjährungsfrist für sich in Anspruch nehmen kann, aber nicht der Übernehmer.

Art. 588 O.R. enthält eine Vorschrift, wie sie in Art. 148 des Allgem. d. H.G.B. enthalten war und als selbstverständlich gestrichen wurde, (siehe D. 118). Die Verjährung zugunsten eines ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafters wird durch Rechtshandlungen nicht unterbrochen, welche gegen die fortbestehende Gesellschaft oder einen anderen Gesellschafter vorgenommen werden.

Der § 160 H.G.B. enthält nur die Bestimmung, daß die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der aufgelösten Gesellschaft auch gegenüber den Gesellschaftern wirkt, die der Gesellschaft zur Zeit der Auflösung angehört haben. Die Verjährung des Anspruchs gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter wird nur durch eine Klage oder gleichgestellte Handlungen gegen ihn selbst oder durch ein Anerkenntnis unterbrochen, das er selbst abgegeben hat. Die Klage gegen die fortgesetzte Gesellschaft berührt ihn nicht, ebenso berührt ihn nicht eine Klage gegen die nach seinem Ausscheiden aufgelöste Gesellschaft, (R.G. Band VI, 36), ein Anerkenntnis seitens dieser Gesellschaft ebensowenig, und endlich berührt ihn nicht eine Klage gegen einen anderen Gesellschafter oder ein Anerkenntnis, das dieser abgibt. (§ 425 B.G.B., Staub § 160 Anm. 4.)

Art. 589 enthält schließlich eine Vorschrift, die wir im deutschen Recht vergebens suchen, es kann nämlich dem ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafter vor Ablauf der fünf Jahre Befreiung von der Haftung für die Gesellschaftsschulden gewährt werden, wenn eine ausdrückliche oder aus den Umständen zu schließende Entlassung von Seiten der Gläubiger stattgefunden hat. Die Entlassung kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein. Wir haben hier im schweizerischen Gesetz eine Stütze der Annahme der stillschweigenden Haftentlassung, wie wir sie im deutschen Recht nicht finden. Ich erinnere an die Probleme, die Lehmann in Z.H.R. 79, 58 in seinem Aufsatz über die Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters von Verbindlichkeiten aus schwebenden Lieferungsverträgen dort aufrollt. Dieser lehnt dort die Annahme einer stillschweigenden Haftentlassung als willkürlich ab und nennt das ganze Problem ein Problem des „gegensätzlichen Verhaltens".

Die Frage, inwieweit in positiven Handlungen oder im Stillschweigen des Gläubigers beim Ausscheiden eines Gesellschafters ein Verzicht auf Ansprüche gegenüber diesem zu finden ist, ist im Schweizer Recht durch das Gesetz, soweit möglich, gelöst, während sie im deutschen Recht zu den bestrittensten Rechtsmaterien gehört.

Natürlich ist es auch nach Schweizer Recht, was die stillschweigende Schuldentlassung betrifft, mit dem Beweise hierfür auf alle Fälle streng zu nehmen. Die bloße Tatsache, daß der Gläubiger, nachdem er vom Austritte des früheren Gesellschafters Kenntnis erhalten

hatte, der Gesellschaft noch weiter kreditierte, genügt allein noch nicht, um einen Verzicht auf die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters zu begründen (B.E. XIX, 405). Ebenso liegt im Stillschweigen auf ein Zirkular, das den Austritt eines Gesellschafters anzeigt, noch keine Haftentlassung (B.E. Band XIX S. 918/19 C. Nr. 2930). Dagegen ist wiederholte Saldierung der Kontokorrente und Vortrag auf neue Rechnung auf den alleinigen Namen der Gesellschaft als Verzicht auf die Haftung angesehen worden. (B.E. Band XIX S. 407/8 C. Nr. 2929.)

§ 33. Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters nach schweizerischem Recht.

Dieses Problem hängt eng zusammen mit der durch O.R. Art. 564 Abs. 3 aufgestellten subsidiären Haftung der Gesellschafter: „Der einzelne Gesellschafter kann jedoch für eine Gesellschaftsschuld erst dann persönlich belangt werden, wenn die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist."

Im scheinbaren Widerspruch dazu steht Bundesgesetz über Schuldbetreibungen und Konkurs Art. 218 Abs. 2: „Wenn über einen Teilhaber, nicht aber gleichzeitig über die Gesellschaft, der Konkurs eröffnet ist, so können die Gesellschaftsgläubiger im Konkurs des Teilhabers ihre Forderungen im vollen Betrage geltend machen. Der Konkursmasse stehen die durch Artikel 215 der Konkursmasse eines Bürgen gewährten Rückgriffsrechte zu."

Die beiden Bestimmungen scheinen sich auf den ersten Blick zu widersprechen. In Art. 564 Abs. 3 O.R. wird die Belangbarkeit der einzelnen Gesellschafter davon abhängig gemacht, daß die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist. In B. Art. 218 Abs. 2 wird bestimmt, daß im Konkurse eines Gesellschafters die Gläubiger ihre Forderungen in vollem Betrage geltend machen können, ohne Rücksicht darauf, ob die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist.

Im deutschen Recht können diese Fragen gar nicht auftauchen, da hier die Gesellschafter nach § 128 H.G.B. solidarisch, persönlich, direkt und p r i m ä r haften, abgesehen von dem Falle, daß Konkurs gleichzeitig über das Vermögen des Gesellschafters, wie auch der Gesellschaft eröffnet ist (§ 212 K.O.). Der Gesellschafter ist hier nicht in der Lage, den Gläubiger auf seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen zu verweisen und zu verlangen, daß der Gläubiger sich zuerst aus diesem zu befriedigen suche.

An dieser primären Haftung wird durch das Ausscheiden eines Gesellschafters nichts geändert, natürlich haftet derselbe nur für die während seiner Mitgliedschaft entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten.

Infolge der subsidiären Haftung, die O.R. Art. 564 Abs. 3 für die

schweizerische Kollektivgesellschaft einführt, entsteht nun die Frage, ob der ausscheidende Gesellschafter sofort persönlich belangbar ist. Die Lösung hängt damit zusammen, ob man im Ausscheiden eines Gesellschafters eine Auflösung der Gesellschaft im Sinne des Art. 564 Abs. 3 O.R. sieht. In diesem Zusammenhang klärt sich auch der Widerspruch zwischen B. Art. 218 Abs. 2 und O.R. 564 Abs. 3. Die Eröffnung des Konkurses über einen Teilhaber führt ja allerdings gewöhnlich zur Auflösung der Gesellschaft, für diesen Fall ist kein Widerspruch zwischen B. 218 Abs. 2 und O. R. 564 Abs. 3 entstanden, denn die Voraussetzung der persönlichen Belangbarkeit der Gesellschafter, die Auflösung der Gesellschaft ist ja damit gegeben.

Wie aber, wenn nach Art. 577 O.R. Abs. 1 die übrigen Gesellschafter das Ausscheiden des in Konkurs gefallenen Mitgesellschafters beschließen und ihm seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen in Geld entrichten? Es kommt dann darauf an, ob das Ausscheiden eines Gesellschafters unter denselben Gesichtspunkt fällt wie die Auflösung der Gesellschaft, d. h. auch unter Art. 564 Abs. 3 O.R. fallen soll. Darüber sind die Meinungen in der Schweizer Rechtsliteratur geteilt. Die eine Ansicht, vertreten von Hafner, Textausgabe, 3. Auflage, Art. 564, Rossel, Manuel S. 654 (Nr. 757) geht dahin, daß unter Auflösung der Gesellschaft im Sinne des Art. 564 Abs. 3 nur die Beendigung derselben für alle Gesellschafter zu verstehen sei, das Ausscheiden eines Gesellschafters gemäß O.R. Art. 575 bis 577 Abs. 1 falle nicht darunter, deshalb könne der Ausscheidende auch nicht sogleich persönlich belangt werden. Will man dieser Ansicht folgen, so muß man im Falle des Art. 577 Abs. 1 O.R., B. Art. 218 Abs. 2 als Ausnahmevorschrift von Art. 564 Abs. 3 O.R. betrachten.

Anderer Ansicht ist Curti H.R. S. 245 und Schneider und Fick große Ausgabe, 2. Aufl. Anm. 6 C zu Art. 564. Diese bejahen die sofortige persönliche Belangbarkeit des ausscheidenden Gesellschafters. Curti führt hierbei als Argument an, daß nach Art. 585 und 586 der Anspruch gegen den Ausgeschiedenen in fünf Jahren von der Eintragung des Ausscheidens an zu verjähren beginnt. Hafner und Rossel begründen ihre Ansicht damit, daß, nachdem der ausscheidende Gesellschafter seinen Anteil am Gesellschaftvermögen nach Abzug sämtlicher Passiven erhalten habe, den Gesellschaftsgläubigern der zunächst Verpflichtete, die Gesellschaft, ungeschmälert verbleibe und deshalb kein hinreichender Grund vorliege, den Ausgeschiedenen strenger zu behandeln, als die in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter. Mit Steinmann Diss. und Moor Diss. möchte ich dieses Argument des verhältnismäßigen Abzugs des Gesellschaftspassiven-Überschusses von dem Vermögensanteil des Ausscheidenden ablehnen. Dieser Abzug ist eine rein interne Angelegenheit und kann unterbleiben. Eine solche Berücksichtigung der Gesellschaftspassiven bei Berechnung des Anteils ist nach außen völlig wirkungslos, solange sich diese Abrechnung nicht durch Mitwirkung der Gesell-

schaftsgläubiger zur Schuldbefreiung gestaltet hat. (Siehe Steinmann, S. 90.) Die Argumentierung Curtis wirkt allerdings auch nicht überzeugend.

Doch läßt sich für die sofortige Belangbarkeit des ausgeschiedenen Gesellschafters wohl etwas anführen, wenn man sich den Sinn des Art. 564 Abs. 2 O.R. vor Augen hält. Dem Artikel liegt der Gedanke zugrunde, daß ein Vorgehen gegen den einzelnen Gesellschafter erst dann zulässig sei, nachdem eine Belangung desselben in der Form, in welcher er sich verpflichtete, unmöglich geworden ist. Die Verpflichtung als Kollektivgesellschafter ist eine gewisse Verpflichtungsart, deren Beachtung seitens des Gesellschaftsgläubigers der Gesellschafter nur solange verlangen kann, als er sich in der entsprechenden Gestalt dem Ersteren zur Verfügung stellt. Dies trifft aber nicht nur dann nicht mehr zu, wenn die Gesellschaft völlig aufgelöst, sondern auch dann, wenn ein Einzelner aus derselben ausgeschieden ist; denn, weil die vermögensrechtliche Persönlichkeit des ausgeschiedenen Gesellschafters von dem gesellschaftlichen Nexus nicht mehr berührt ist, — was sich darin äußert, daß er prinzipiell an den nach seinem Ausscheiden ausgeführten Rechtsgeschäften und den daraus entstehenden Rechten und Verbindlichkeiten keinen Anteil hat — so trifft ihn eine Belangung der Gesellschaft für früher eingegangene Schulden in keiner Weise, d. h. eine Gesamtbelangung ist ihm gegenüber nicht mehr möglich (siehe Steinmann S. 89, Moor S. 108).

Wir kommen also zu dem Ergebnis: Das Ausscheiden eines Gesellschafters hat in bezug auf seine Belangbarkeit die gleiche Bedeutung wie die völlige Auflösung der Gesellschaft. Es ergibt sich dies auch, wie ich schon in der Arbeit erwähnt, aus dem Wortlaut des Art. 575 O.R., die Gesellschaft endige nur für den Ausscheidenden, mit anderen Worten für den Ausscheidenden sei der Austritt gleichbedeutend mit der Totalauflösung der letzteren; das Ausscheiden sei eine „partielle Auflösung". Damit ist auch dem Wortlaute nach die Bedingung des Art. 564 Abs. 3 erfüllt.

Literatur und Abkürzungen.

Archiv für bürgerliches Recht, Berlin, seit 1923 vereinigt mit Archiv für zivilistische Praxis.

Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen, 13. Jahrgang, Nr. 20.

Bartl Franz, Wirkung der negativen Publizität des aus der offenen Handelsgesellschaft ausgeschiedenen Gesellschafters, Diss. Göttingen 1913.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, Band I, Berlin 1886, 1896.

Bolze A., Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, Leipzig.

Brand Arthur, Kommentar zum H.G.B. mit Ausschluß des Seerechts, Berlin 1911.

Burkhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesfassung von Dr. Burkhardt, Berlin 1904.

B.G.B. Bürgerliches Gesetzbuch.

B.E. Bundesgerichtliche Entscheidungen (Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts).

B. Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Band II, Tübingen 1902.

Cosack K., Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Auflage, 1910, ebenso 10. und 11. Auflage, 1923, Stuttgart.

Cosack K., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 4. Auflage, Band II.

Curti Dr. Arthur, Schweizerisches Handelsrecht, nach Gesetzgebung und Gerichtspraxis für den praktischen Gebrauch dargestellt von Dr. Arthur Curti, 2. Auflage, Zürich 1909.

C. Sämtliche Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, Band I bis XXIV, in abgekürzter Fassung und nach Materien geordnet von Dr. Eugen Curti, Zürich 1901.

Z.G.B. Schweizerisches Zivilgesetzbuch.

D. Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches; in den Materialien zum H.G.B. für das Deutsche Reich, 1897.

Dernburg Dr. Heinrich, Das Bürgerliche Recht, Band II; die Schuldverhältnisse, IV. Auflage, Halle 1915.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum H.G.B. von Dr. Düringer und Dr. M. Hachenburg, Band IV, Mannheim 1917.

Ehrenberg, Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister, in Jherings Jahrbüchern, Band XXXXVII, S. 273 ff.

Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, Leipzig 1913, ff.
Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Band IV, 1881—1885.

Endemann Dr. W., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, Band I, Berlin 1903.

Eneccerus und Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Auflage, Band I.

Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten, nebst Motiven, Berlin 1857.

Fuzier-Herman, Répertoire géneral du droit français.

Fic Adolf, Der Konkurs der Kollektivgesellschaft, Zürich 1885.

Gareis K., Lehrbuch des Handelsrechts, 8. Auflage, 1909.

Gareis K., H.G.B. Handausgabe von K. Gareis, 12. Auflage, 1920.

Gierke von Otto, Deutsches Privatrecht, Band III, Schuldrecht, München und Leipzig 1917.

Gierke von Otto, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung von Dr. Otto von Gierke, Professor, Berlin 1887.

Goldmann. Lilienthal, Das B.G.B., systematisch dargestellt von E. Goldmann und L. Lilienthal, Band I, Berlin 1903.

Goldmann, Kommentar zum H.G.B. von S. Goldmann, Berlin 1905.

Güthe-Triebel, Güthes Grundbuchordnung, bearbeitet von Reichsgerichtsrat F. Triebel, Berlin 1923.

Habermann Friedrich, Das Ausscheiden eines Mitglieds aus der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, den Handelsgesellschaften und der eingetragenen Genossenschaft. Diss. Heidelberg 1908.

Haberstich J., Handbuch des schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 2. Teil, Zürich, 1887.

Hahn von Friedrich, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 2 Bände, 1863, 1877.

Hafner, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Anmerkungen von H. Hafner, 2. Auflage, Zürich 1898.

Heinsheimer Dr. Karl, Mitgliedschaft und Ausschließung in der Praxis des Reichsgerichts, 1913.

Hergenhahn Theodor und Tuchatsch Dr., Die offene Handelsgesellschaft, Leipzig 1894.

Huber, Entwurf und Bericht über die Revision der Titel 24—33 O.R. Bern 1919/20.

H.G.B. = Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 und Allgem. D.H.G.B. = Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch.

H.R. Zentralblatt für Handelsrecht, Jahrgang 2, Nr. 7 und 8.

h.E. Schweizerische Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen.

Jäger. Das Bundesgesetz betreffend Schuldbeitreibung und Konkurs unter Berücksichtigung der Praxis für den praktischen Gebrauch, erläutert von Dr. C. Jäger, Zürich, 1900.

Ind. Bel. Ges. Industrie-Belastungsgesetz.

Juristische Rundschau Nr. 21 und 24, 2. Jahrgang, Berlin S.W. 11 und 1. Jahrgang Nr. 9.

J.W. Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins.

Ind. Aufbr. Ges. Industrie-Aufbringungs-Gesetz.

Kap. Verk. St. Ges. Kapital-Verkehrssteuergesetz.

Keßler von G., Kommentar zum Kapital-Verkehrssteuergesetz, Mannheim 23/25.

Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts, 2. Auflage, 1903.

Kohler Dr. Jos., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1906.

Kom. Rg. R., Das bürgerliche Gesetzbuch, kommentiert von Reichsgerichtsräten, 4. Auflage. Berlin und Leipzig 1922. ebenso 2. Auflage, Berlin 1913.

Knoke Paul Dr., Das Recht der Gesellschaft, Jena 1901.

K.O. Konkursordnung.

Lehmann-Ring, Kommentar zum H.G.B. von Karl Lehmann und Ring, Band I, Berlin 1902.

Lehmann Karl, Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Auflage, Berlin 1921.

L.Z., Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, 19. Jahrgang Nr. 7.

Leist, Zur Geschichte der römischen societas, Jena 1881.

Lutz J., Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, Würzburg 1858.

Makower H., Kommentar zum H.G.B., Band I, 13. Auflage, Berlin 1906.

Mengering, Die rechtliche Stellung des ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft. Diss. Leipzig 1902.

Moor Paul, Der Konkurs der Kollektivgesellschaft und ihrer Mitglieder nach Schweizer Recht. Diss. Bern 1918.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Band II: Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin und Leipzig 1888.

Mugdan B., Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Band VI: Materialien zum H.G.B., 1897.

Mugdan B. und Falkmann R., Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan B. und Falkmann R., auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Müller-Erzbach, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Auflage, Tübingen 1927.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 2., 3. und 4. Auflage, Berlin 1910.

O.H.G., offene Handelsgesellschaft.

O.L.G., Oberlandesgerichte.

O.R., Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 18. Juni 1881.

Pic, Traité théorique et pratique de la faillite des sociétés commerciales.

Planck, Kommentar zum B.G.B. nebst Einführungsgesetz, erläutert von Planck, 4. Auflage, 1913.

Prot., Die Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band II, Berlin 1898.

Puchelt Dr. Ernst Sigismund und Förtsch A., Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 4. Auflage, Leipzig 1893.

Rauch, Grenzen der negativen Publizität des Handelsregisters in der Festgabe für Dr. Karl Güterbock, 1910.

Renaud Achilles, Das Recht der Kommanditgesellschaften, Leipzig 1881.

Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundeszivilrechts.

Riesenfeld S., Die Erbenhaftung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Band I: Die Grundsätze der Haftung, Berlin 1916.

Ritter Dr. Karl, Kommentar zum H.G.B. mit Ausschluß des Seerechts, Berlin 1910.

Rossel Virgile, Manuel du Droit Fédéral des Obligations, Lausanne 1892.

R.G., Reichsgerichtsentscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

R.O.H., Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, 25 Bände.

R.F.H., Reichsfinanzhof.

Schneider und Fick, Das Schweizerische Obligationenrecht mit allgemeinen faßlichen Erörterungen von Dr. A. Schneider und Dr. H. Fick, 2. Auflage der größeren Ausgabe, Zürich 1896.

Schneider Dr. A. und Fick H. Dr., 1. Auflage, zugleich 4. Auflage des einbändigen Kommentars, herausgegeben von Dr. C. Bachmann, Dr. L. Siegmund, Dr. F. Goetzinger, Dr. Heinrich Zeller, Titel 23 bis Schluß mit leicht faßlichen Erörterungen, Zürich 1915.

Saher von Dr., Internationales Gesellschaftsrecht, Rotterdam.

Soergel, Kommentar zum B.G.B., Band I, 3. Auflage, 1926.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den Deutschen Staaten.

Syz Hans G., Die Kollektivgesellschaft des schweizerischen Obligationenrechts, in Vergleich mit der offenen Handelsgesellschaft des deutschen Handelsgesetzbuches. Diss. Heidelberg 1917.

Staub-Bondi, Staubs Kommentar zum H.G.B. 12./13. Auflage, Berlin 1926.

Staub-Pinner, §§ 1—104 Zit. Staub-Bondi. §§ 105—177, Zit. Staub-Pinner, ebenso 6./7. Auflage.

Staudinger, Kommentar zum B.G.B., herausgegeben in Gemeinschaft mit Anderen von Julius von Staudinger 7./8. Auflage, München 1912—1914.

Steinmann Otto, Haftung der Kollektivgesellschafter für Gesellschaftsschulden nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Zürich 1901.

Strunz, Die Übernahme des Unternehmens einer O.H.G. im Falle des § 142 H.G.B. Göttingen 1920.

Steinbach, Rechtsgeschichte der wirtschaftlichen Organisation, Wien 1897.

Thöl Dr. Heinrich, Das Handelsrecht, 6./7. Auflage, 1879.

Trantow Albert, Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der offenen Handelsgesellschaft nach dem H.G.B. vom 10. Mai 1897, Diss. Heidelberg 1912.

Vossen Leo Dr., Die Handelsgesellschaften der wichtigsten Kulturstaaten in rechtsvergleichender Darstellung, Zürich.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Tübingen 1923, Band I.

Wieland Karl, Handelsrecht, Band I, München und Leipzig 1921.

Weßberge, Die Rechtsstellung des aus einer offenen Handelsgesellschaft ausgeschiedenen oder ausgestoßenen Mitglieds, Art. 127 bis 132 Allgemeines Handelsgesetzbuch, Diss. Göttingen 1895.

Zeitschrift für das Notariat, herausgegeben vom Verein für das Notariat in Rheinpreußen, 52. Jahrgang, Köln 1907.

Zeitschrift für Gesellschaftswesen, Berlin, 4. und 10. Heft, 33. Jahrgang, 1923, früher Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen.

Z.H.R., Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, begründet von L. Goldschmidt.

Z.P.O., Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich vom 30. Januar 1877 in der vom 1. Juni 1924 ab geltenden Fassung.

Z.R., Blätter für Zürichsche Rechtspflege, sie bilden die Fortsetzung der h.E.

Druck von B. Heller, München